

THÈSE DE
LYON.
1885
N^o. 2.

UNIVERSITÉ DE FRANCE — FACULTÉ DE DROIT DE LYON

DROIT ROMAIN

DU JEU ET DU PARI

DROIT FRANÇAIS

DE L'ASSURANCE EN CAS DE DÉCÈS

JUSTIFIÉE DANS SA NATURE ET DANS SES EFFETS

PAR LES PRINCIPES DU CODE CIVIL

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue devant la Faculté de Droit de Lyon

Le Jeudi 19 Février 1885

Par M. Cyprien DUJARIER

Avocat à la Cour d'appel de Lyon
Lauréat du Concours général et de la Faculté.

LYON

ASSOCIATION TYPOGRAPHIQUE

F. PLAN, rue de la Barre, 12.

1885

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

FACULTÉ DE DROIT DE LYON

MM. CAILLEMER ✱, doyen, professeur de droit civil ;
MABIRE, professeur de droit civil ;
GARRAUD, professeur de droit criminel ;
APPLETON, professeur de droit romain ;
FLURER, professeur de droit civil ;
THALLER, professeur de droit commercial ;
ROUGIER, professeur d'économie politique ;
ÉNOU, professeur de droit administratif ;
AUDIBERT, professeur de droit romain ;
COHENDY, professeur de procédure civile ;
LESEUR, agrégé, chargé du cours d'histoire générale du
droit français ;
SAUZET, agrégé, chargé du cours de droit international
privé ;
BERTHÉLEMY, agrégé, chargé du cours d'histoire interne du
droit civil français ;
BECQ, secrétaire ;
LAJUS, sous-bibliothécaire.

JURY DE LA THÈSE

Président : M. THALLER, professeur.

Suffragants : M. CAILLEMER, doyen ;

— M. AUDIBERT, professeur ;

— M. COHENDY, professeur.

UNIVERSITÉ DE FRANCE — FACULTÉ DE DROIT DE LYON

DROIT ROMAIN

DU JEU ET DU PARI

DROIT FRANÇAIS

DE L'ASSURANCE EN CAS DE DÉCÈS

JUSTIFIÉE DANS SA NATURE ET DANS SES EFFETS

PAR LES PRINCIPES DU CODE CIVIL

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue devant la Faculté de Droit de Lyon

Le Jeudi 19 Février 1885

Par M. Cyprien DUJARIER

Avocat à la Cour d'appel de Lyon
Lauréat du Concours général et de la Faculté.

LYON

ASSOCIATION TYPOGRAPHIQUE

F. PLAN, rue de la Barre, 12.

1885

MEIS ET AMICIS

DROIT ROMAIN

DU JEU ET DU PARI



Digitized by the Internet Archive
in 2026

INTRODUCTION

Notre Code civil divise en deux catégories les conventions à titre onéreux ; il distingue les conventions commutatives et les conventions aléatoires.

Les premières, telles par exemple que l'échange, la vente, le louage, répondent à une nécessité. Chaque homme, en effet, a tous les jours des besoins nombreux à satisfaire ; comme il ne peut produire lui-même tout ce qui est nécessaire à son existence, il est obligé de s'adresser à son voisin qui a peut-être en abondance les choses qui précisément lui manquent ; il obtient de lui ce dont il a besoin et, comme compensation, il s'engage à lui effectuer une prestation ou à lui rendre un service considéré comme l'équivalent de ce qu'il reçoit.

Telle est l'origine de toutes les conventions commutatives ; ces conventions, nous le répétons, sont nécessaires, elles s'imposent, chaque individu ne pouvant produire tout ce dont il a besoin, et l'état de société dans lequel il vit s'opposant à ce qu'il recoure à la violence pour se procurer ce qui lui manque.

Tout autre est le caractère des conventions aléatoires qui sont le fruit d'une civilisation plus avancée et d'une science juridique plus complète.

Par ces conventions, l'homme cherche à soumettre à ses calculs et à ses spéculations le hasard lui-même.

■

Il poursuit ce but dans deux hypothèses toute différentes qui constituent deux catégories bien tranchées de contrats aléatoires :

Les uns ont pour but de mettre à la charge d'autrui les cas fortuits qui menacent notre patrimoine ; tel est par exemple le prêt à la grosse ; les autres ont pour but la réalisation d'un gain, ce sont le jeu et le pari.

Le jeu et le pari doivent faire l'objet de cette étude.

NOTIONS PRÉLIMINAIRES

Le jeu est une convention par laquelle le perdant s'oblige à payer au gagnant une certaine somme d'argent ou toute autre chose qui forme ce qu'on appelle l'enjeu de la partie.

Le jeu se divise en jeu de hasard ou d'adresse suivant sa nature ; il se divise en jeu intéressé ou désintéressé suivant le but poursuivi par les joueurs.

Le jeu est désintéressé lorsqu'on ne joue point d'argent ou lorsque les sommes exposées sont modiques. Nous n'avons rien à dire de cette première sorte de jeu au point de vue du droit : l'enjeu sera, en effet, sans importance eu égard à la situation pécuniaire des parties et la convention sera dépourvue d'effets juridiques en vertu de la vieille maxime : « *De minimis non curat prætor.* »

Envisagé au point de vue philosophique, le jeu désintéressé est une distraction qui n'a rien de blâmable ; il est même digne d'encouragement lorsqu'il est enfermé dans de sages limites. La philosophie ne le condamne que lorsque, sortant des bornes raisonnables, il cesse d'être un délassement de l'esprit pour accaparer notre âme et en devenir la passion maîtresse. Ce que le moraliste réprouve, ce n'est pas le délassement en lui-même, c'est l'abus qu'on en fait ; il en est du jeu comme du repos, il faut en user avec modération. Mais quelle que soit l'exagération avec

laquelle on s'y adonne, jamais la loi ne saurait intervenir pour le réprimer au moyen d'une peine. Une passion ne peut être frappée d'une peine que lorsqu'elle est pour les autres hommes la source d'effets nuisibles.

Avec le jeu intéressé commence le rôle du législateur ; il y a là une passion funeste et dangereuse, il ne suffit pas que la morale la réprouve, il faut encore que le droit la condamne.

Le jeu intéressé doit être réprimé à raison des sentiments qui l'inspirent et du but qu'il poursuit, mais surtout à raison des effets désastreux qu'il engendre. La pensée qui excite et dirige le joueur est une pensée deshonnête : « Le joueur, n'étant pas porté par sa raison à rechercher dans le jeu le gain qu'il désire faire, y est porté par la passion de l'avarice réunie avec la paresse. L'avarice fait naître en lui un désir avide de gain et lui fait passer en revue les différents moyens de gagner. D'un autre côté, la paresse s'oppose à ce qu'il prenne, pour arriver à cette fin, quelques uns des différents genres d'occupations lucratives auxquels il pourrait être propre. Il trouve dans le gros jeu une espérance de faire un gros gain sans travail ; cette vue flatte son avarice en même temps que sa paresse. Cette recherche du gain qui est la fin qui porte les joueurs à jouer n'est donc pas produite par la raison, mais par la paresse ; elle est un désir déréglé et, par conséquent, n'est pas une fin honnête. »

Vicieux dans son principe, le jeu ne l'est pas moins dans ses conséquences, et ce sont ces conséquences qui réclament l'intervention de la loi. Qu'il nous suffise de rappeler le nombre de gens que le jeu a

ruinés, et ceux qu'il a scandaleusement enrichis ; qu'il nous suffise de dire que la passion du jeu est contagieuse, que les gains faciles qu'il offre sont de nature à séduire l'homme qui demande au travail les moyens de subvenir à son existence, et nous aurons ainsi montré que le jeu est pour une société un péril permanent.

Il y a donc dans le jeu un mal auquel toutes les législations ont essayé de porter remède. Ce remède elles l'ont cherché, soit dans la loi civile en refusant la sanction d'un gain illégitime à celui que la fortune a favorisé, soit dans la loi pénale en édictant des peines contre les joueurs.

Notre Code civil a eu recours à ce double moyen, art. 1965 : « La loi n'accorde aucune action pour le paiement d'une dette de jeu. » Le gagnant n'a le droit de rien réclamer au perdant. Mais là s'arrête la protection accordée au perdant ; s'il paie, il n'a pas le droit d'exercer une répétition, art. 1967 : « Dans aucun cas, le perdant ne peut répéter ce qu'il a volontairement payé, à moins cependant qu'il n'y ait eu, de la part du gagnant, vol, supercherie ou escroquerie. »

Selon nous, le jeu constitue dans notre droit non pas une obligation civile, puisque le gagnant n'a pas d'action contre le perdant, mais une simple obligation naturelle, et il nous semble que l'art. 1967 du Code civil n'est autre chose que l'application aux dettes de jeu de la règle générale formulée par l'article 1235, alinéa 2, aux termes duquel : « La répétition n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été volontairement acquittées. »

Cette idée, nous devons le reconnaître, n'est pas

universellement admise, et certains auteurs, s'appuyant sur les explications données lors de la rédaction du Code civil, disent qu'il n'y a pas d'obligation naturelle, mais une convention radicalement nulle, comme ayant une cause illicite (art. 1131). Quant au refus de l'action en répétition, ils l'expliquent par la maxime : « *Quum dantis et accipientis turpitudine ver-
« satur, cessat repetitio.* » D'autres enfin disent que la dette de jeu constitue une obligation civile mais dépourvue d'action ; ce qui est assez difficile à admettre, car, par définition même, les obligations civiles sont celles que la loi civile sanctionne par une action.

Le principe d'après lequel les dettes de jeu ne sont pas sanctionnées par une action reçoit une exception relativement à certains jeux que le législateur voit d'un œil favorable (art. 1966).

Voilà l'œuvre de notre loi civile. Si nous ouvrons notre Code pénal, nous y trouvons deux articles qui s'occupent des jeux de hasard. C'est d'abord l'art. 410 qui interdit les maisons de jeu et frappe leurs organisateurs ; c'est ensuite l'art. 475 qui punit ceux qui établissent dans les rues, chemins, places ou lieux publics des jeux de hasard. Celui que notre loi pénale frappe, ce n'est donc pas le joueur, mais celui qui organise des jeux en public.

Vient ensuite l'art. 477 qui prescrit la confiscation des tables, appareils de jeu, ainsi que des enjeux et fonds appartenant aux joueurs.

Passons maintenant au pari. Le pari est une convention intervenue entre deux personnes qui sont en désaccord sur un sujet quelconque et par laquelle chacun des parieurs s'oblige, pour le cas où son opinion serait reconnue mal fondée, à payer à l'autre une certaine somme ou un objet déterminé.

Notre Code civil a traité le pari comme il traitait le jeu ; (art. 1965, 1967). « La gageure, disait Siméon, a les mêmes vices originels et les mêmes dangers que le jeu ; comme lui elle est tolérée lorsqu'elle a un objet raisonnable ou plausible, des actes par exemple de force ou d'adresse, et qu'elle n'est pas immodérée. »

Ces idées nous semblent justes ; lorsqu'un gain considérable dépend d'un pari, le pari est une véritable spéculation sur les caprices du hasard, et la loi qui refuse de sanctionner les dettes de jeu devait, pour être logique, refuser de sanctionner les dettes de pari.

On a bien objecté que dans le jeu, ce que la loi redoute surtout c'est l'ardeur, la fièvre qui domine le joueur et l'entraîne, et l'on ajoute que dans le pari chacun est calme, maître de soi et agit en pleine connaissance de cause. L'objection n'est qu'apparente ; la puissance de l'entraînement est grande dans les paris comme dans les jeux ; dans l'un comme dans l'autre, l'insuccès irrite et est toujours un puissant stimulant.

Après ce rapide exposé sur le jeu et le pari, nous allons rechercher quels ont été en cette matière les principes du droit romain. Nous aurons à montrer que la législation romaine sur le jeu a passé par trois phases successives : la première marquée par une loi de date inconnue, la seconde par l'édit du Préteur, la troisième par les Constitutions de Justinien ; nous nous efforcerons de reconstituer ces trois périodes et d'établir que dans la première le jeu est simplement puni, que dans la seconde il est à la fois puni et frappé de nullité, que dans la troisième enfin, les pénalités

disparaissent, mais que la nullité du contrat du jeu subsiste plus énergique que jamais.

Nous aurons en dernier lieu à traiter du pari ; à montrer que jamais la législation romaine ne l'a assimilé au jeu, et à nous demander pourquoi.

DU JEU

Aux débuts de la ville latine, nous rencontrons une population plus sauvage que policée consacrant toute sa vie aux labeurs de la guerre et aux travaux des champs ; nous la voyons pendant de longs siècles conquérir lentement l'Italie. Les mœurs sont alors austères, la passion des armes envahit tous les cœurs, celle du jeu est inconnue et ne provoque pas l'intervention du législateur. « Le fond d'un Romain était
« l'amour de la liberté et de sa patrie... Nourrir du bétail, labourer la terre, se dérober à eux-mêmes tout ce qu'ils pouvaient, vivre d'épargne et de travail, voilà quelle était leur vie (1). » Tite-Live nous les présente comme un peuple où la pauvreté et l'épargne ont été très longtemps en honneur, et Polybe tient le même langage : « Chez les Romains, il n'est pas de gain illicite ; à Rome, rien de plus honteux que de se laisser corrompre ou de s'enrichir par des voies injustes. Autant on y estime une richesse acquise honnêtement, autant on y méprise celle qui s'acquiert par des procédés illégitimes (2). »

Telle est la Rome antique ; mais la pureté primi-

(1) Bossuet, *Les Empires*, chap. vi.

(2) Polybe, livre vi, § 56.

tive des mœurs finit par s'altérer au contact des peuples vaincus; l'amour du travail et de la pauvreté fait place à l'amour de l'oisiveté et des richesses, et c'est avec raison que le poète a pu dire :

Græcia capta ferum victorem cepit....

C'est au jeu désormais que les Romains vont se consacrer, c'est à lui qu'ils vont demander leurs ressources. Le jeu auquel ils vont s'adonner, c'est le jeu de dés, l'*alea*, le jeu de hasard par excellence. Le Champ de Mars va devenir désert; on n'ira plus y assister aux jeux de force et d'adresse qui avaient été en honneur jusque-là, à ces jeux, qu'au dire de Virgile, Enée aurait apportés en Italie avec les pénates du foyer domestique (1).

C'est en vain que quelques citoyens fidèles aux mœurs d'autrefois essaient d'arrêter les progrès du mal; c'est en vain que l'austère Caton répète à son fils : « *Aleas fuge*; » leur voix est impuissante, la passion du jeu envahit toutes les branches de la société, et sous l'Empire, la cour même en donne l'exemple.

Auguste était un joueur effréné, Claude jouait même en litière. La soif de l'or est à cette époque plus violente que jamais, et la passion de l'argent que le jeu entretient et stimule revit à nos yeux sous la plume d'un Juvénal, d'un Perse ou d'un Properce.

Le législateur romain est intervenu à diverses reprises pour prohiber les jeux de hasard, et le nombre même des dispositions qu'il a édictées est une preuve de la puissance du mal et de l'inefficacité du remède. Nous allons suivre ce législateur dans son œuvre

(1) Virgile, *Énéide*, livre v.

et étudier les diverses mesures auxquelles il a eu successivement recours.

A une date qui nous est inconnue, une loi prohibitive des jeux de hasard a été votée à Rome ; il y est fait allusion dans les écrits des littérateurs, notamment dans une ode d'Horace (1), et dans une comédie de Plaute, qui la mentionne sous le nom de *lex talaria*, parce qu'elle s'occupait sans doute spécialement du jeu de dés (2). Asconius Pedianus, dans ses annotations sur Cicéron, nous apprend qu'elle organisait contre les infracteurs une action (*judicium*) aboutissant à une condamnation au quadruple des valeurs engagées (3), et nous savons par Cicéron que l'action exercée en vertu de cette loi était infamante, c'est-à-dire entraînait pour les joueurs la privation des droits politiques et de certains droits civils ; aussi fallut-il une réhabilitation pour restituer dans l'intégrité de ses droits L. Lenticula, qui avait encouru une condamnation de *aleâ* « *Lucium Lenticulam de aleâ condemnatum collusorem suum in integrum (Antonius) restituit* (4).

C'est à cela, croyons-nous, que se bornaient les dispositions de cette loi ; elle n'avait pour effet que d'édicter la peine du quadruple et l'infamie. Quant à la convention de jeu elle restait pleinement valable, et le

(1) Ode 24, livre III.

(2) Mil. glor. II, 2, 9. Quelques-uns proposent de lire *lex alearia* : v. O. Lenel, *das Edictum perpetuum*, p. 135, n° 10.

(3) Pseudo Ascon, *Orelli*, p. 110.

(4) Cicéron, *Philip*, II, 23.

gagnant avait une action pour agir contre le perdant, sauf, bien entendu, à tenir compte de cette idée que le simple pacte n'était pas à Rome créateur d'obligation, et que l'accord de volontés pour engendrer un lien de droit avait besoin d'être revêtu de certaines formes, avait besoin en d'autres termes de devenir un contrat. Jusqu'à l'édit du Préteur, le jeu est resté valable selon nous; ce n'est que par l'édit du Préteur qu'il a été frappé de nullité.

Nous allons maintenant, en supposant démontré ce point dont nous ferons du reste bientôt la preuve, essayer de préciser quelle a été la portée de cette *lex talaria* dont nous parle Plaute.

Cette matière est obscure, car les sources font complètement défaut; on peut néanmoins, croyons-nous, en pénétrer l'esprit.

Il y a eu à Rome diverses hypothèses dans lesquelles on a ressenti le besoin de restreindre dans une certaine mesure les droits des individus tels qu'ils étaient reconnus par la loi des XII Tables; c'est ainsi, par exemple, que l'on a été amené à fixer une certaine somme au-delà de laquelle le testateur ne pourrait pas faire de legs (*lex Furia testamentaria*). Seulement, dans bien des cas, au lieu de suivre la voie la plus rationnelle et de frapper de nullité l'acte que l'on défendait (*lex perfecta*), on faisait un détour, on maintenait l'acte juridique intact dans sa validité abstraite, on permettait au créancier d'en poursuivre l'exécution, mais on le punissait en le rendant passible, au profit du débiteur, de l'obligation de restituer le quadruple (*lex minus quam perfecta*). C'est ainsi, par exemple, que les choses se passaient lorsqu'un legs était fait au mépris de la *lex Furia*: « *Minus quam per-*

« *fecta lex est quæ vetat aliquid fieri, et si factum sit*
« *non rescindit, sed pœnam injungit ei, qui contra*
« *legem facit, qualis est Furia testamentaria quæ plus*
« *quam mille asses legati nomine mortisve causâ pro-*
« *hibet capere præter exceptas personas, et adversus*
« *eum, qui plus ceperit, quadrupli pœnam consti-*
« *tuit.* (1). »

Lorsqu'un legs dépassait le taux fixé par la *lex Furia*, le légataire pouvait se faire payer le legs, mais il était tenu à la restitution du quadruple de ce qu'il recevait. Le procédé employé, vicieux dans sa forme, devait être, il faut en convenir, très efficace dans ses effets, car un créancier ne devait pas se hasarder à réclamer une chose qu'il serait peut-être un jour obligé de restituer au quadruple.

Nous pensons que la loi relative au jeu contenait la même disposition que la *lex Furia* ; elle donnait au perdant une action au quadruple contre le gagnant, si celui-ci réclamait l'enjeu de la partie ; elle était une *lex minus quam perfecta* (2).

Il ne faudrait donc pas croire que la peine du quadruple fût édictée à la fois contre les deux joueurs ; elle n'est édictée que contre le gagnant qui a touché l'enjeu de la partie ; mais peu importe que le gagnant ait touché cet enjeu à la suite d'une action en justice, ou en vertu d'un paiement volontaire effectué par le perdant (*argum : verbo « ceperit »*. *Ulpian loco citato*).

Il pouvait se faire que le débiteur redoutant la vengeance du créancier hésitât à exercer l'action au

(1) Ulpian, *Fr. præm.*, § 2.

(2) Nous pourrions citer encore comme exemple de *leges minus quam perfectæ*, la *lex Furia de sponsu*, la *lex Marcia de usuris reddendis*.

quadruple ; cette considération amena le législateur à accorder l'exercice de l'action à toute personne qui voudrait l'intenter. Pour en accroître l'effet préventif il en fit une action populaire. Le but de la loi sera ainsi sûrement atteint, le débiteur placé en quelque sorte sous la protection de tous les citoyens va être protégé contre sa propre faiblesse. — L'histoire nous apprend qu'il y eut des gens pour qui l'exercice des actions au quadruple devint une véritable industrie ; ces gens portaient le nom de *quadruplatores* ; il en est question dans Tite-Live, III, 72. — Ils tiraient leur nom de la *pœna quadrupli* (*Festus V^o quadruplatores*).

Le Préteur pour empêcher les jeux de hasard a eu recours à un double moyen : il a frappé le jeu de nullité, il a édicté des peines sévères contre ceux qui tenaient des maisons de jeu.

Étudions successivement ces deux points.

En vertu de l'édit du Préteur le contrat de jeu est nul ; nul en ce sens que le perdant est protégé par une exception pour repousser l'action du gagnant ; nul en ce sens que la répétition est possible au profit du perdant après paiement.

Cela demande quelques explications :

Le perdant, disons-nous d'abord, a une exception pour faire débouter le gagnant de sa demande. Mais nous devons faire remarquer qu'il n'aura pas toujours besoin d'y recourir. A Rome, en effet, la simple convention n'est pas obligatoire. A la différence de ce qui a lieu dans notre Droit français, elle ne crée pas un

vinculum juris liant les contractants. Pour créer ce lien il fallait enchâsser la convention dans certaines formalités, il fallait avoir recours, par exemple, au contrat solennel de stipulation. Toutes les conventions qui n'étaient pas revêtues de certaines formes étaient dénuées de force ; elles étaient non pas des contrats mais de simples pactes, or « *Ex pactis actio non oritur*. » Cela étant, s'il y a eu simple convention de jeu cette convention est nulle, mais la nullité tient ici non pas à la nature du contrat, mais à l'absence de formes ; le perdant n'a alors rien à craindre ; si le gagnant l'actionne, il pourra sans danger faire le mort et attendre d'être devant le juge pour faire valoir ses moyens de défense, et le juge l'absoudra, car il ne condamne que si le demandeur est créancier d'après le droit civil, *ex jure civili*, or le droit civil ne sanctionne pas les pactes.

Mais supposons que les joueurs au lieu de faire une convention de jeu aient fait un contrat de jeu, supposons qu'ils aient enchâssé leur pacte dans une double stipulation, alors la forme même qui a été employée donne naissance à une action ; une nullité spéciale devient nécessaire, le Préteur la crée en permettant de repousser la *condictio ex stipulatu* par l'exception *nisi in ea re alea gestum sit*. Cette exception était perpétuelle, elle pouvait toujours être opposée, quel que fût le délai écoulé entre le contrat de jeu et la demande du gagnant ; aussi longtemps que le gagnant pouvait agir, le perdant pouvait se défendre. Mais il fallait que l'exception fût insérée dans la formule ; c'est que la nullité du contrat de jeu est créée par le Préteur, et le juge n'a le droit de la prononcer que si la formule lui en donne le pouvoir. Cette nécessité de l'insertion de

l'exception dans la formule disparaîtra avec la formule elle-même sous la procédure extraordinaire. Sous la procédure formulaire, « l'exception était une restriction apportée par le magistrat au pouvoir de condamner, que la formule conférait au juge ; — la « nécessité des exceptions reposait uniquement sur « ce que le juge n'eût pu, sans ces restrictions, prendre en considération certaines circonstances dont « l'appréciation ne rentrait pas de plein droit dans « son office. Mais quel sens tout cela peut-il avoir « sous Justinien, puisque de son temps il n'y a plus de « formules ! elles rentrent désormais dans les défenses « ordinaires. (1) »

C'est le Préteur, avons-nous dit, qui le premier a prononcé la nullité des jeux de hasard. L'ancienne loi dont nous avons parlé avait laissé au contrat de jeu toute sa validité.

Essayons de démontrer ce point.

Le contrat de stipulation est parfait, d'après le vieux droit romain, par cela seul que les formalités requises ont été accomplies, on n'a pas à analyser les circonstances dans lesquelles il est intervenu. Si la stipulation a eu lieu, elle vaut en elle-même et par elle-même : « *stat per se, suâ vi et potestate constat* » ; par elle-même elle rend une personne créancière une autre débitrice, par elle-même elle donne une action à celle-là contre celle-ci. Celui qui a promis par stipulation ne peut se dérober à l'action *ex stipulatu* en invoquant une circonstance extrinsèque à la stipulation même. De ce principe on tirait les deux conséquences suivantes : 1^o lorsque la stipulation intervient

(1) Bonjean. *Traité des Actions* I, p. 530.

à propos d'un prêt on n'a pas à rechercher si la numération des deniers qui est un élément constitutif du *mutuum* a été réellement effectuée ; le demandeur triomphe alors même qu'en fait il n'aurait rien prêté ; 2° si une stipulation, ayant par hypothèse un objet licite, est en réalité corrélatrice d'une autre stipulation ayant un objet illicite, la première stipulation aura son plein effet, le juge n'aura pas à tenir compte de cette corrélation. Tel est le vieux droit romain, droit rigoureux qui assure toujours ses pleins effets à la stipulation. C'est au Préteur que revient l'honneur d'avoir tempéré au moyen d'exceptions qu'il insère dans la formule cette législation sévère qui, dans bien des hypothèses, était contraire à l'équité. En face de ce respect du vieux droit pour le contrat de stipulation ne sommes-nous pas autorisés à conclure que l'esprit de la loi qui a été portée sur le jeu a dû être le même et que cette loi s'est contentée d'organiser une action pénale pour mettre indirectement un terme aux jeux de hasard.

Cette opinion se fortifie si l'on examine le titre *Quarum rerum actio non datur* au Digeste livre XLIV, titre 5. Ce titre est emprunté aux Commentaires d'Ulpien et de Paul sur l'édit du Préteur, et nous y voyons le fr. 2 § 1 prononcer la nullité d'une convention intervenue *occasione ludi*. C'est donc que la nullité du contrat de jeu résulte de l'édit du Préteur et non d'une loi antérieure.

La nullité du contrat de jeu fut admise lorsqu'avec le système formulaire apparurent les exceptions, et que le Préteur eut posé en principe qu'à celui qui avait une action, on devait, à plus forte raison, donner une exception. — « *Cui damus actionem eidem et excep-*

« *tionem competere multo magis quis dixerit.* »
(Fr. 156, § 1 D. *De reg. jur.* 50, 17, emprunté à Ulpien *ad edictum.*)

Le Préteur ne s'est pas borné à protéger le perdant au moyen d'une exception, il lui a encore accordé une action en répétition, une *condictio* en cas de paiement.

Par cette *condictio* le perdant va recouvrer ce qu'il aura payé et rien que ce qu'il aura payé. C'est qu'en effet cette *condictio* à la différence de ce qui se passait dans la période antérieure est basée sur la nullité du jeu.

Nous devons dire, au reste, que cette *condictio* que le Préteur accorde en matière de jeu ne doit pas être confondue avec la *condictio indebiti*. La *condictio* accordée au perdant a pour but de le protéger contre son entraînement ; pour réussir il n'a à prouver qu'une chose, c'est que la dette payée était une dette de jeu. Tout autre est le caractère de la *condictio indebiti* ; cette *condictio* a pour but de protéger celui qui paie croyant qu'il devait, elle ne réussit que si le paiement a eu lieu par erreur, et c'est à celui qui répète l'indu à démontrer son erreur. C'est même une question controversée entre les interprètes du droit romain que celle de savoir si l'erreur de droit rendait possible la *condictio indebiti* ; si l'on adopte la négative, l'utilité de la *condictio* qui nous occupe nous apparaît plus manifestement encore.

Cette *condictio* durait trente années comme toutes les actions civiles, le délai de trente années courait à dater du paiement.

En résumé, en droit prétorien, le jeu est illicite, il n'existe pas comme contrat ; le perdant peut :
1° repousser par une exception la demande du

gagnant; 2^o il peut, en cas de paiement, répéter ce qu'il a versé. Le Préteur, pour frapper plus sûrement le jeu, a enlevé au vainqueur l'espoir de conserver son gain. Cette action en répétition est une exception au principe posé par la loi 8 du Digeste livre XII, tit. 5, d'après laquelle la cause du possesseur est la meilleure quand des deux parts il y a aux yeux de la loi cause déshonorante. — Notre droit français, au contraire, n'a pas admis qu'il puisse y avoir lieu à *condictio indebiti* toutes les fois que les choses se sont loyalement passées. Cette solution doit moins décourager le jeu que la solution romaine, mais elle est certainement plus morale.

L'édit envisageait d'autres hypothèses que nous devons signaler ici : C'est un esclave ou un fils de famille qui joue ; est-il vainqueur, il gagne le prix, et ce prix profite au maître ou au père. C'est contre eux qu'est donnée l'action en répétition. (Fr. 4, § 1, D. *de aleatoribus*). La *condictio* est de *peculio*, c'est-à-dire jusqu'à concurrence de la valeur du pécule, si l'esclave avait un pécule ; en tous cas, elle atteint le patrimoine du maître, *quatenus locupletior factus est*. — En sens inverse, si l'esclave ou le fils ont perdu au jeu, c'est au père ou au maître qu'appartient l'action en répétition (Fr. 4, § 1.)

Si l'on jouait par mandataire, d'après la théorie générale du mandat en droit romain, c'était le mandataire seul qui avait la *condictio*, s'il avait cru devoir payer ; lui seul était atteint, si vainqueur il avait exigé l'enjeu.

Le Préteur accordait même la répétition au fils ou à l'affranchi contre le père ou le patron qui avait gagné au jeu : *Adversus parentes et patronos repetitio*

ejus, quod in aleâ lusum est, utilis ex hoc edicto danda est. (Fr. 4, § 2.) Il accordait l'action utile et non l'action directe, parce que l'action directe était infamante : « Les mots : « *Quod in eâ re lusum erit* », dit « M. Pilette, n'y étaient point insérés. La formule « ne renfermait rien qui avertît que la répétition était « exercée pour une dette de jeu ; il fallait, en effet, « écarter tout ce qui pouvait ternir la réputation d'un « père ou d'un patron. L'action utile sauvegarde tous « les intérêts : ceux de la fortune du demandeur, « ceux de la considération du défendeur. Il n'y a là, « du reste, qu'une application à un cas spécial de la « règle générale posée par Ulpien, dans le fragment 11, § 2 du titre *De Dolo malo* au Digeste : « « *Quibusdam personis non dabitur (actio) utputa « liberis vel libertis adversus parentes patronosve, « cum sit famosa.* » Et le jurisconsulte termine ainsi : « « *In factum verbis temperandam actionem dandam, « ut bonæ fidei mentio fiat.* » Il est inutile d'insister « sur les motifs d'une pareille disposition, quels « qu'aient été les torts d'un père ou d'un patron, la loi « ne veut pas qu'il soit déshonoré par son fils ou par « son affranchi. La qualité de père, la qualité de patron sont choses tellement sacrées à Rome, qu'elles « doivent être respectées dans celui qui en est revêtu, « lors même qu'il a manqué au devoir qu'elles lui « imposaient. C'est un point d'ordre public et de « haute convenance sociale. (1) »

Nous venons d'étudier la situation faite au contrat de jeu par le droit prétorien ; passons maintenant aux conventions qui interviennent accessoirement au jeu,

(1) Pilette. *Du jeu et du pari*. R. P. t. XIV. 1862, p. 471.

et demandons-nous si la nullité qui frappe le jeu ne doit pas elles aussi les atteindre.

Occupons-nous d'abord des ventes qui interviennent *occasione ludi*. Il s'agit par exemple d'une personne qui, au cours d'une partie et pour suivre le jeu, a vendu sa maison à son adversaire ; quel est le sort de la vente ?

Il y a des points certains : 1° Lorsque l'acheteur agira *ex empto* à l'effet d'obtenir la délivrance de la chose vendue, le vendeur pourra le repousser au moyen de l'exception : « *Nisi in eâ re aleâ gestum sit.* » Cette exception est croyons-nous nécessaire, bien que l'*actio ex empto* soit de bonne foi, car il ne nous semble pas qu'un joueur qui réclame l'objet loyalement gagné au jeu commette à proprement parler un dol. 2° Lorsque l'acheteur évincé par le vrai propriétaire agira en garantie contre le vendeur, une exception le débouterà de sa demande en garantie. (Fr. 2, § 1.) *D. Quarum rerum actio non datur XLIV, 5.* « *Si in aleâ rem vendam ut ludam, et evictâ re conveniar, exceptione submovebitur emptor.* » Telle était d'après le témoignage de Paul la solution de l'édit du Préteur. — Mais supposons que le vendeur n'ait pas usé de l'exception qui lui est accordée, a-t-il une action pour reprendre entre les mains de l'acheteur soit la maison elle-même, soit la somme d'argent qu'il a été condamné à lui payer en cas d'éviction ? Non, dit Voet dans son commentaire sur le titre *De aleatoribus* ; il fait remarquer que le droit d'opposer une exception à l'action de l'acheteur est une preuve de la validité de la vente, et si la vente est valable, à quel titre l'acheteur viendrait-il exercer une action en répétition ? Cette argumentation ne nous semble pas concluante.

Nous savons bien que *jure civili* la vente qui intervient *occasione ludi* est valable, mais l'est-elle *jure prætorio*, c'est là qu'est la question ! Le contrat de jeu lui aussi est valable *jure civili* ; c'est le Préteur qui l'a déclaré nul ; le Préteur a accordé au perdant une exception pour se défendre, et une *condictio* pour répéter en cas de paiement. Dès lors, si dans le jeu l'*exceptio* et la *condictio* coexistent, comment venir, dans la difficulté qui nous occupe, s'appuyer sur l'existence de l'exception pour soutenir que la *condictio* est impossible ?

Plaçons-nous maintenant en face d'un prêt. Un individu, dans le but de jouer, a emprunté de l'argent à son adversaire, quelle est dans cette hypothèse la situation de l'emprunteur ? Certains auteurs ont déclaré le prêt valable, d'autres l'ont déclaré nul ; mais ces auteurs nous semblent s'être appuyés sur des textes qui n'ont rien à voir avec la question (1). Le parti le meilleur est, croyons-nous, de traiter ici le prêt comme nous avons traité la vente intervenant *occasione ludi*.

Nous avons dit précédemment que l'œuvre du Préteur avait été double en matière de jeu ; nous avons dit, qu'il avait frappé le jeu de nullité et édicté des peines contre les joueurs. Nous avons terminé l'étude de la première partie de son œuvre, abordons la seconde.

Ceux que le Préteur punit, ce ne sont pas les joueurs eux-mêmes, ce sont ceux qui tiennent des maisons de jeu et ceux qui forcent leur partenaire à

(1) Le premier système s'appuie sur la loi 6 D. *De in rem verso*, le second invoque la loi 8 D. *Pro emptore*.

jouer, ce sont là les seules personnes qu'il frappe, mais il les frappe sévèrement, ainsi que nous l'atteste le titre *De Aleatoribus* au Digeste livre XI, titre 5; où sont conservées les dispositions de l'édit.

Dans ce titre, il est d'abord question de ceux qui tiennent des maisons de jeu. La loi I leur refuse toute action à raison des mauvais traitements, vols ou dommages, qui auront été commis contre eux. Le vol n'est impuni que s'il est accompli chez eux, « *domi* », et pendant la durée du jeu, « *eo tempore que ludebatur* », mais peu importe que l'auteur du vol soit joueur ou non. Quant aux coups et injures, peu importe le lieu et le moment : « *Item notandum quod « susceptorem verberatum quidem et damnum passum « ubicumque et quandocumque non vindicat.* »

Ulpien s'empresse d'ajouter qu'il n'en est point de même à l'égard d'un joueur, et qu'un joueur qui aurait été volé pourrait fort bien exercer l'*actio vi bonorum raptorum* ou l'*actio furti*; l'édit ne laisse sans protection que le *susceptor aleæ*, il ne frappe pas les joueurs « *quamvis hi et indigni videantur* ». C'est qu'en effet, comme le fait observer M. Pilette, l'exploitation d'un vice est plus odieuse encore que le vice lui-même; on flétrit l'homme qui tient une maison de jeu, on se contente de blâmer celui qui s'y égare. La distinction du Préteur dut donc être dictée par l'opinion publique. De nos jours aussi la loi réserve toutes ses rigueurs pour le banquier qui vit de son tripot.

L'édit du Préteur soulève une question : Le vol à Rome donne naissance à deux actions au profit de la victime, une action pénale, l'*actio furti*, et une action persécutoire de la chose qui sera, suivant les circons-

tances, la *reivindicatio*, l'*actio ad exhibendum* et la *condictio furtiva*. Le propriétaire d'une maison de jeu, qui a été volé est-il seulement privé de l'*actio furti*, est-il également privé du droit d'exercer l'une de ces trois actions *rei persecutoriæ*? Les jurisconsultes romains étaient divisés (Fr. 1, § 3, D.), et Ulpien, s'appuyant sur ces mots : « *Judicium non dabo* » qui sont aussi généraux que possible, croit, contrairement à l'avis de Pomponius, que toute action lui est refusée.

Quant aux joueurs, ils ne sont punissables que s'ils excitent leur partenaire au jeu : *In eum qui alex ludendæ causâ vim intulerit, uti quæque res erit animadvertam* (Fr. 1. § 4, D.). Le perdant qui n'aurait retenu son adversaire que pour avoir une revanche serait même condamnable (Fr. 2, p^o). La peine est l'amende; la prison, les fers.

Si c'est un esclave ou un fils de famille que l'on excite à jouer, le père ou le maître peuvent en outre exercer l'*actio servi corrupti* et l'*actio injuriarum* (Fr. 26 D. *De injuriis*.)

La législation prétorienne sur le jeu ne frappait que les jeux de hasard ; les jeux de force et d'adresse restaient valables et permis. Un sénatus-consulte généralement attribué à l'époque de Septime Sévère vint renouveler la prohibition des jeux de hasard et fixa limitativement les jeux d'adresse qui seraient exceptionnellement permis. (Fr. 2, § 1, D. à notre titre.)

Notons enfin que les jeux de hasard eux-mêmes sont autorisés dans deux cas : 1^o Il est permis de jouer pendant les Saturnales. 2^o On peut dans un festin jouer son écot. (Fr. 4, p^o D.)

Nous arrivons avec l'époque de Justinien à la troisième période de l'histoire du jeu. Titre *De Aleatoribus et alearum lusu* au Code, livre III, titre 43.

Justinien, comme le Préteur, autorise certains jeux dont il nous donne l'énumération dans ses Constitutions 1 et 3. Il faudra dans ces jeux autorisés s'abstenir de ruse et de dol ; il faudra de plus, et c'est là une innovation de l'empereur, que les enjeux soient modérés. Leur maximum est fixé à un solide pour les gens riches ; quant aux pauvres, ils ne peuvent y exposer que peu d'argent.

Tous les jeux qui ne sont pas expressément autorisés sont défendus.

Justinien maintient énergiquement la nullité du contrat de jeu.

Le perdant peut comme jadis repousser la demande du gagnant ; nous sommes, il est vrai, à l'époque de la procédure extraordinaire, il n'y a plus à vrai dire d'exceptions, mais la défense : *Nisi in ea re alea gestum sit*, conserve ses anciens effets.

Le perdant peut aussi répéter en cas de paiement ; la *condictio* qui lui est accordée nous apparaît même avec une énergie toute nouvelle. Si le joueur ou ses héritiers négligent d'agir, les officiers municipaux de la ville où il a été joué contrairement aux dispositions de la loi, exercent eux-mêmes l'action en répétition et emploient les sommes à des travaux d'utilité publique. L'action n'est plus sujette à la prescription ordinaire qui est de 30 ans ; le perdant et ses héritiers peuvent agir pendant 50 années. (C. 1, 2, 3. Code ..).

Quant à la répression pénale établie par l'édit du Préteur, elle disparaît dans le droit de Justinien ; on ne parle plus de prison ni de cachot, on ne confisque

plus les maisons des joueurs, sauf dans un cas exceptionnel, si l'on y joue aux *equi lignei*. Qu'était-ce que ce jeu des *equi lignei*? Les commentateurs du droit romain ne sont pas encore arrivés à le découvrir; c'est là, du reste, un point qui ne présente aucun intérêt juridique; qu'il nous suffise de renvoyer le lecteur à l'article de M. Pilette, p. 474 et s.

DU PARI

Le pari est une convention par laquelle des personnes qui diffèrent d'opinion sur un point quelconque, conviennent que celles dont l'avis sera reconnu contraire aux faits, paieront aux autres une certaine somme ou leur donneront une chose déterminée.

C'est une question discutée que celle de savoir si la loi romaine autorisait le pari en principe.

Deux points seulement sont certains : 1° Le pari était prohibé toutes les fois qu'il intervenait à propos d'un jeu lui-même prohibé. 2° Il était licite toutes les fois qu'il intervenait à propos d'un jeu permis. (Fr. 3).

Mais quel était le sort du pari intervenant en dehors de toute espèce de jeu ?

Pour soutenir que le pari était licite, on a invoqué deux arguments que nous devons tout d'abord écarter.

On s'est appuyé, en premier lieu, sur le fr. 17, § 5, *Præscriptis verbis* Dig. XIX, 5. pour soutenir qu'en principe le pari était licite à Rome. Or, ce texte que nous aurons bientôt à expliquer ne contient nullement la solution que l'on prétend y trouver ; il suppose d'abord un pari valable et nous dit que le gagnant aura une action, il suppose ensuite un pari non valable et nous dit que le gagnant n'aura pas d'action, mais il ne pose point en principe que le pari soit valable.

Il n'y a pas davantage à argumenter de la loi 3 à notre titre. C'est à tort, que tirant de la fin de ce texte un argument *a contrario*, on a dit : Si les paris qui intervenaient à propos des jeux prohibés sont déclarés nuls, c'est qu'en règle générale les paris sont valables. Ne pourrait-on pas, en effet, augmenter par *a contrario* du *principio* de ce texte et soutenir que si la loi 3 déclare valables les paris se rapportant à des jeux permis, c'est qu'en principe les paris sont considérés comme nuls ?

Les textes sont donc muets sur la difficulté qui nous occupe, nous allons, pour la résoudre, avoir recours aux principes généraux du droit.

Nous croyons que le pari n'a jamais été frappé de nullité par la législation romaine ; il est de principe, en effet, que pour conclure à une nullité il faut un texte et ce texte fait ici absolument défaut. Nous trouvons au Digeste et au Code des dispositions nombreuses édictées contre le jeu, nous n'en trouvons aucune qui attaque le pari : ne sommes-nous pas autorisés en induire qu'il y avait à Rome une différence capitale entre le pari et le jeu ?

Cette différence tient, sans doute, à la place considérable que le pari a longtemps occupée dans la procédure romaine. Pendant plusieurs siècles, le pari a été un procédé auquel il fallait avoir recours pour lier les instances, et il y aurait une anomalie évidente à frapper de nullité un *negotium juris* destiné à permettre d'engager les procès.

Ceci demande quelques explications. Le trait distinctif de l'ancienne procédure romaine se trouvait dans la séparation du *Jus* et du *Judicium* ; le *Jus* était la procédure qui avait lieu devant le magistrat,

le *Judicium* était la procédure qui avait lieu devant ce qu'on appelait le *Judex*. Les procès ne pouvaient être introduits qu'au moyen de certaines formalités sacramentelles qui s'accomplissaient devant le magistrat et à la suite desquelles les parties étaient renvoyées devant le juge. Ces formalités portaient le nom de *Legis Actiones*. La plus ancienne des *legis actiones* est l'*actio sacramenti*. Les parties, après avoir affirmé devant le magistrat leurs prétentions respectives, suivant certaines formes solennelles et rigoureuses, contractaient sur la vérité de leurs assertions un pari dont l'enjeu (*sacramentum*) était déposé dans un temple ; puis elles prenaient l'engagement de se présenter après trente jours devant les *Centumvirs* ou les *Decemvirs*. Plus tard, une loi *Pinaria* leur permit de demander la nomination d'un *Judex*. Le rôle des *Centumvirs*, des *Decemvirs* ou du *Judex* était de décider quel était celui des deux plaideurs dont le *sacramentum* était *justum*. Celui qui avait raison reprenait son enjeu ; l'autre perdait le sien qui était désormais acquis soit au culte, soit à l'*Ærarium*, suivant les époques. Quant au point litigieux, il se trouvait implicitement tranché par le jugement intervenu sur le pari.

Cette procédure du *sacramentum* exigeait des formalités et des délais, elle était longue et périlleuse ; aussi une loi *Silia*, au commencement du VI^e siècle, vint créer, pour le cas où le demandeur réclamait une somme d'argent déterminée (*pecunia certa*), une procédure fort simple, dite procédure *per condictionem* qu'une loi *Calpurnia* étendit peu de temps après à tous les procès relatifs à un *res certa* quelconque. Voici en quoi consistait cette procédure : Le deman-

deur se bornait au tribunal du Préteur à ajourner son débiteur à l'effet de se retrouver 30 jours après devant le même magistrat pour recevoir un juge. C'est de cet ajournement que vient le nom de *Condictio* donné à la procédure nouvelle. (*Condictio : cum dicere; concours de volontés.*) L'action se trouvait ainsi dégagée de toute formalité oiseuse, mais le pari apparaissait ici encore dans les promesses que les plaideurs échangeaient et qui obligeaient la partie succombante à payer à l'autre une certaine somme à titre de peine.

C'est de cette *legis actio per conditionem* que nous semble dériver la procédure *per sponsionem* que nous trouvons en vigueur à l'époque classique. Il ne faudrait pas croire, en effet, que le système formulaire qui a l'avantage de soumettre au juge, immédiatement et sans détour, la question qu'il doit trancher se soit substituée en un jour au système des actions de la loi. Cette substitution ne s'est faite que lentement et la procédure des actions de la loi a longtemps co-existé à côté de la procédure formulaire avant de disparaître devant elle. Nous en trouvons la preuve dans Gaius qui nous dit que de son temps (Gaius. Commentaire IV, §§ 91 et 93) il y avait trois procédures possibles pour intenter notamment une action réelle : 1^o la vieille *legis actio sacramenti* que nous connaissons déjà ; 2^o la procédure *per formulam petitoriam* ; 3^o la procédure *per sponsionem*.

Cette procédure *per sponsionem* a, comme celle du *sacramentum*, sa base dans un pari. Le pari apparaît même ici beaucoup plus nettement que dans le *sacramentum*, car c'est au gagnant et non au Culte ou au Trésor que va être attribué l'enjeu du perdant.

C'est là un premier avantage de la *sponsio* sur le *sacramentum* ; en voici un second : le *sacramentum* était toujours de 50 ou de 500 as (Gaius. C. IV, § 14) le montant de la *sponsio* variait avec la valeur du litige (Gaius. C. IV. § 171).

A l'époque classique, le demandeur avait, en principe, le choix entre ces diverses procédures ; il pouvait, suivant l'expression des jurisconsultes, agir *cum* ou *sine periculo*, c'est-à-dire avoir ou non recours à la procédure de la *sponsio*. — Il y avait cependant des cas tout à fait exceptionnels dans lesquels la procédure *per sponsionem* était imposée aux parties. (Gaius, C. IV, § 92.)

La *sponsio* était applicable aux actions *in rem* et aux actions *in personam* ; seulement, quand elle intervenait à l'occasion d'un droit réel, il n'y avait pas véritablement pari : le demandeur qui avait triomphé n'exigeait pas la somme promise : « *Sponsio non pœnalis erat sed præjudicialis.* » (Gaius. IV, § 94).

Cette digression sur le rôle du pari, dans la procédure romaine, nous fournit un argument péremptoire en faveur de la thèse de la validité du pari que nous avons soutenue.

Le pari était donc valable en principe ; mais pour qu'il fût obligatoire, pour qu'il fût sanctionné par une action, il fallait le revêtir d'une forme particulière ; sans cela il n'était qu'un simple pacte, et le pacte est, à Rome, dépourvu d'action.

Etudions les divers procédés à l'aide desquels, dans le pari, on assurait une action au gagnant (1).

(1) Les développements dans lesquels nous entrons sont applicables au jeu comme au pari.

Le procédé le plus simple est celui de la stipulation :

Un second procédé nous est révélé par la loi 17, § 5, *Dig. præscriptis verbis* XIX, 5. Les deux parties vont déposer les enjeux entre les mains d'une tierce personne chargée de les restituer au gagnant. Ce dépôt va donner naissance à un contrat innomé, il va y avoir un *do ut des* ; le gagnant aura à sa disposition l'*actio præscriptis verbis* : « *Si quis sponsionis causâ annulos acceperit nec reddidit victori, præscriptis verbis actio in eum competit. Nec enim recipienda est Sabinus opinio qui condici et furti agi ex hac causâ putat. Quemadmodum enim rei nomine cujus neque possessionem neque dominium victor habuit, aget furti ?* » Les compilateurs du Digeste ont emprunté ce texte au jurisconsulte Ulpien.

Sous Justinien, dans l'hypothèse que nous avons prévue, le gagnant a donc une action pour réclamer le montant du pari ; cette action, c'est l'action *præscriptis verbis*, et elle va lui permettre d'obtenir non seulement l'enjeu qu'il a déposé lui-même, mais aussi celui qui a été déposé par son adversaire. Mais c'est là, croyons-nous, une solution nouvelle, et nous pensons que l'avis d'Ulpien n'était pas tel que la loi 17, § 5, nous le présente.

Reprenons le texte de la loi 17. Sabinus, nous dit cette loi, donnait au gagnant la *condictio furtiva* et l'*actio furti* ; c'est qu'en effet la notion du vol était, à Rome, beaucoup plus large que la notion du vol de notre droit français ; à Rome, la théorie du vol s'appliquait à tout maniement frauduleux de la chose d'autrui. Cela étant, le dépositaire des enjeux qui ne les restitue pas au gagnant commet un vol ; dès lors, dit Sabinus, les actions nées du vol peuvent être exer-

cées contre lui. Et cela a une grande importance ; l'*actio præscriptis verbis* est en effet subsidiaire, elle n'est donnée qu'autant que toute autre action fait défaut (Fr. 1, pr. D. *Præscr. verb.*). Si donc le gagnant peut exercer les actions nées du vol, il en résulte que l'*actio præscriptis verbis* lui sera refusée.

Ulpien n'admet pas la théorie de Sabinus, à laquelle il fait l'objection suivante : Pour avoir l'exercice des actions qui naissent du vol, un simple intérêt ne suffit pas, il faut que cet intérêt se rattache à un droit de propriété ou à une possession, et le gagnant n'a jamais été ni propriétaire ni possesseur des enjeux. — Mais alors, pour être logique, Ulpien aurait dû distinguer et dire : Pour réclamer l'enjeu déposé par le perdant, le gagnant exercera l'*actio præscriptis verbis* ; ici, en effet, les moyens nés du vol lui font défaut ; mais, pour réclamer l'enjeu qu'il a déposé lui-même, ce sont les actions nées du vol qu'il devra exercer, car il est propriétaire de cet enjeu.

Il est probable que le texte original d'Ulpien contenait cette distinction, et que, tandis que Sabinus donnait, dans tous les cas, les actions résultant du *furtum*, Ulpien les admettait pour un cas et les rejetait pour l'autre. Les rédacteurs du Digeste, voulant donner dans tous les cas l'*actio præscriptis verbis* auront effacé cette distinction, sans prendre garde que cette solution nouvelle ne concordait pas avec la suite du texte qu'ils conservaient.

Nous devons, du reste, reconnaître que la doctrine de Justinien est plus pratique et plus logique que celle d'Ulpien. Elle est plus pratique, car désormais une seule poursuite suffira pour obtenir les deux enjeux. Elle est aussi plus logique ; sans doute, le défaut

de restitution de l'enjeu déposé par le gagnant pourra constituer un *furtum* et engendrer, par suite, la *condictio furtiva* et l'*actio furti*; mais l'*actio præscriptis verbis* ne doit pas pour cela être exclue. Si un dépositaire ou un commodataire commettent un vol, ils n'en restent pas moins tenus de l'action née *ex contractu*, pourquoi admettrait-on ici une solution différente ?

Nous avons vu que, sous Justinien, et dans l'hypothèse que nous avons prévue, le gagnant avait contre le tiers : 1° l'*actio præscriptis verbis*, qui est générale et lui permet de réclamer les deux enjeux; 2° les moyens nés du vol, applicables dans les cas où le défaut de restitution du tiers constitue un *furtum*. Mais est-ce tout ? Le gagnant n'a-t-il pas une autre action, celle de dépôt notamment ? Ne pourrait-on pas, en effet, comparer la remise des enjeux à un séquestre, c'est-à-dire à un dépôt fait par plusieurs personnes et restituable à l'une d'elles, sous une condition déterminée ?

Nous ne le pensons pas. Cela est certain à l'égard de l'enjeu déposé par le perdant; l'*actio depositi* est, en effet, donnée à celui qui a effectué un dépôt; or, celui qui a déposé l'enjeu du perdant, c'est le perdant lui-même et non le gagnant. — Mais *quid*, relativement à l'enjeu déposé par le gagnant ? La question est ici plus douteuse, et certains interprètes du droit romain, Doncau, par exemple, ont admis que le gagnant pourrait, par l'*actio depositi*, réclamer son enjeu. Nous ne saurions admettre cette opinion; il y a, en effet, contrat de séquestre et, par suite, *actio depositi sequestraria*, lorsqu'une même chose a été déposée à la fois par plusieurs personnes; mais ce n'est pas ce qui a eu lieu dans l'hypothèse que nous examinons;

l'enjeu du gagnant a été déposé par le gagnant seul, tout comme celui du perdant l'a été par le perdant seul; il a seulement été convenu entre les parties et le tiers que les deux enjeux seraient restitués au gagnant.

« On pourrait, dit M. Accarias⁽¹⁾, pour soutenir que
« le séquestre peut-être l'œuvre d'un seul, argumen-
« ter du fr. 9, § 3, D. *De dolo malo* IV, 3. Voici comment
« s'exprime Ulpien, son auteur : *Labeo libro trige-*
« *simo septimo Posteriorum scribit, si oleum tuum*
« *quasi suum defendat Titius, et tu hoc oleum depo-*
« *sueris apud Seium, ut is hoc venderet et pretium ser-*
« *varet donec inter vos dijudicaretur, cujus oleum esset ;*
« *neque Titius velit iudicium accipere, quoniam neque*
« *mandati neque sequestraria Seium convenire potes,*
« *nondum impletâ conditione depositionis, de dolo ad-*
« *versus Titium agendum. Sed Pomponius libro vice-*
« *simo septimo, posse cum sequestre præscriptis verbis*
« *actione agi ; vel, si is solvendo non sit, cum Titio de*
« *dolo ; quæ distinctio vera esse videtur.* » On pourrait
« raisonner ainsi : Le dépôt, dans l'espèce, est l'œuvre
« d'une seule personne, *sub certâ conditione*. Et il est
« visible que si le jurisconsulte refuse l'*actio depositi*
« *sequestraria*, c'est uniquement parce que la condi-
« tion n'est pas accomplie. Il la donnerait donc si la
« condition se fût réalisée. D'où il faut conclure que
« le séquestre n'est pas nécessairement l'œuvre de
« plusieurs personnes. — Ainsi entendu, le texte con-
« tredirait la loi 6 *Depositi* XVI, 3. Pour moi, je n'hé-
« site pas à croire que le jurisconsulte suppose le
« dépôt fait en vertu d'une convention entre les deux

(1) Accarias, *Théorie des Contrats innomés*, p. 294, note.

« parties qui se disputent la propriété de l'huile. C'est
« seulement la remise matérielle qui est faite par le
« détenteur seul; mais le dépôt lui-même doit être
« considéré comme l'œuvre des deux plaideurs, l'un
« et l'autre prétendant droit sur la chose. »

Nous avons supposé jusqu'ici un pari valable et licite, plaçons-nous maintenant en face d'un pari illicite et demandons-nous quelle va être la situation des parties.

Si le pari a été réalisé dans la forme d'une double stipulation, son sort est le même que celui d'un contrat de jeu; le perdant a, dans le droit prétorien, une exception pour se soustraire à l'action du gagnant, il a, de plus, une *condictio* grâce à laquelle il pourra répéter en cas de paiement.

Si le pari a été réalisé au moyen du dépôt des enjeux entre les mains d'un tiers, nous trouvons dans la loi 17, § 5, *in fine*, au titre *Præscriptis verbis* la solution de la difficulté. Ce texte est ainsi conçu : « *Plane si inhonesta causa sponsionis fuit, sui annulli duntaxat repetitio erit.* » Chaque parieur ne pourra répéter que son anneau; mais par quelle action agira-t-il? Le texte est muet sur ce point; mais nous croyons qu'il agira par l'*actio depositi*; en effet, la convention par laquelle le tiers s'est engagé à restituer au gagnant les deux anneaux est nulle, nous nous trouvons, par suite, en présence de deux dépôts qui ont toujours été purs et simples, restituables à première réquisition. Si le tiers s'est déjà libéré entre les mains du gagnant, le perdant pourra réclamer au gagnant son anneau par la *condictio* créée par le Préteur en matière de jeu.

DROIT FRANÇAIS

DE L'ASSURANCE EN CAS DE DÉCÈS

JUSTIFIÉE DANS SA NATURE ET DANS SES EFFETS

PAR LES PRINCIPES DU CODE CIVIL

INTRODUCTION

L'une des institutions juridiques les plus intéressantes que notre siècle ait vues grandir est, sans contredit, celle des assurances sur la vie.

On comprend sous ce terme général : *assurances sur la vie*, deux opérations toute différentes qu'il importe de distinguer. L'une spécialement appelée : *assurance en cas de vie*, a pour but de procurer à une personne un capital déterminé si, à telle époque, elle vit encore. L'autre, spécialement appelée : *assurance en cas de décès*, a pour but de procurer à une personne un capital déterminé lorsque le décès de telle autre personne viendra à se produire.

Notre intention est de limiter notre travail à l'étude de l'*assurance en cas de décès*. Et encore ne l'examinerons-nous pas toute entière. Nous nous bornerons à rechercher la nature juridique de ce contrat et à nous demander si, dans bien des hypothèses, les effets qu'on veut lui faire produire ne sont pas incompatibles avec certains grands principes de notre Code civil.

C'est ainsi que nous aurons à étudier la validité et les effets de l'assurance en cas de décès contractée au profit d'un tiers ; nous aurons à rechercher quelles sont les règles qui doivent régir l'attribution du bénéfice lorsque le bénéficiaire du contrat est un époux

commun en biens ; nous aurons enfin à déterminer quelle est la situation faite par ce contrat aux héritiers et aux créanciers du stipulant, c'est-à-dire que nous aurons à faire à l'assurance en cas de décès l'application des règles du rapport, de la réduction et de l'action paulienne.

Nous verrons, en étudiant ces problèmes difficiles, que, dans bien des cas, les grands principes de notre Code civil nous empêcheront de reconnaître au contrat d'assurance en cas de décès les effets que les parties auront voulu lui faire produire. Nous serons alors placés entre le respect dû à l'intention des parties et la lettre du Code qui veut être obéi. C'est toujours à ce dernier que nous donnerons la préférence, et nous serons ainsi amenés à des solutions rigoureuses sans doute et assez peu de nature à favoriser le libre essor de l'assurance ; mais *dura lex sed lex*.

Nous aurons à montrer la tendance contraire de la Jurisprudence française, et nous aurons maintes fois à la critiquer. Notre Jurisprudence, en effet, s'est surtout attachée à tenir compte de la volonté des contractants et à faciliter le développement de l'assurance au risque de violer des règles élémentaires de notre droit. Nous avons essayé d'échapper à ce danger. Mais, nous le répétons, les solutions auxquelles nous sommes conduits sont souvent bien rigoureuses, aussi regrettons-nous que le législateur ne soit pas intervenu pour réglementer le contrat d'assurance et en fixer les effets.

CHAPITRE I.

De la nature du contrat d'assurance en cas de décès.

L'assurance en cas de décès est un contrat par lequel une personne ou plus souvent une société s'engage, moyennant le versement immédiat d'un capital ou moyennant une prestation périodique, à payer, au décès de telle personne, une somme d'argent à un bénéficiaire désigné. Il s'agit, par exemple, d'un père de famille qui nourrit et entretient sa famille avec les produits de son travail et qui, songeant aux chances de mort qui le menacent, stipule qu'à son décès une Compagnie paiera à ses héritiers (ses enfants) une somme de tant.

Ces diverses personnes portent chacune une dénomination différente dans la langue de la pratique comme dans celle de la doctrine : la Compagnie prend le nom d'assureur. Celui qui paie les primes s'appelle l'assuré. Enfin, on donne le nom de bénéficiaire à celui qui pourra, au décès de l'assuré, se présenter au guichet de la Compagnie.

Cette terminologie a été empruntée à la matière des assurances maritimes ; mais elle est devenue inexacte dans le contrat qui nous occupe. En effet, dans l'assurance maritime, celui qui paie les primes c'est l'armateur ou le chargeur, c'est-à-dire celui qui a le droit de réclamer l'indemnité en cas de sinistre. Or, ici, il n'en est pas de même puisque celui qu'on appelle l'assuré ne doit pas recueillir le bénéfice de l'assu-

rance, lequel ne sera jamais acquis qu'après sa mort. Le véritable assuré c'est donc le bénéficiaire du contrat. Il est vrai que, même dans l'assurance maritime, on comprend que l'assuré se sépare du bénéficiaire ; c'est ce qui arrive, par exemple, dans l'assurance contractée au profit de qui il appartiendra.

Ordinairement l'assuré, celui qui paie les primes, contracte une assurance sur sa propre tête, c'est-à-dire place au moment de son propre décès la date de l'exigibilité de la créance du bénéficiaire. Quelquefois, au contraire, l'assuré contracte l'assurance sur la tête d'un tiers ; ce tiers, dont la vie est en jeu, prend le nom de tiers assuré dans la terminologie employée par les Compagnies d'assurances.

Il ne faudrait pas croire que, dans cette seconde hypothèse, le contrat d'assurance en cas de décès va toujours mettre en présence quatre personnes : assureur, assuré, tiers assuré et bénéficiaire. Il pourra se faire, en effet, que le bénéficiaire et l'assuré ne fassent qu'un. Il s'agit, par exemple, d'un individu qui s'assure pour le cas où son père viendrait à mourir. Le père est ici tiers assuré, le fils est à la fois assuré et bénéficiaire.

Ces notions générales exposées, nous pouvons nous demander ce qu'est l'assurance en cas de décès, quelle est sa nature juridique.

L'assurance en cas de décès est un contrat à titre onéreux et aléatoire, ainsi que nous le démontrerons plus loin ; mais pour arriver à prouver le caractère aléatoire de ce contrat, nous sommes dans la néces-

sité de chercher la pierre de touche qui doit servir à distinguer le contrat commutatif du contrat aléatoire.

Notre Code civil subdivise les contrats à titre onéreux en deux catégories : les uns sont commutatifs, les autres sont aléatoires. Les contrats commutatifs semblent former la majorité ; les contrats aléatoires sont contenus dans un titre fort court (titre XII du livre III), et le législateur en fait une énumération qui semble être limitative (1964). Ce n'est là, ainsi que nous allons le voir, qu'une apparence trompeuse.

Si nous jetons un coup d'œil sur les deux définitions du contrat aléatoire données par notre Code, nous constatons que toutes deux laissent une certaine obscurité dans l'esprit.

Art. 1104. — « Le contrat est commutatif lorsque
« chacune des parties s'engage à donner ou à faire
« une chose qui est regardée comme l'équivalent de
« ce qu'on lui donne ou de ce qu'on fait pour elle.
« Lorsque l'équivalent consiste dans la *chance de*
« *gain ou de perte pour chacune des parties*, d'après
« un *événement incertain*, le contrat est aléatoire. »

Art. 1964. — « Le contrat aléatoire est une convention réciproque dont les *effets quant aux avantages et aux pertes, soit pour toutes les parties, soit pour l'une ou plusieurs d'entre elles, dépend d'un événement incertain.* »

Chance de perte ou de gain d'après un événement incertain, telle est donc, d'après ces deux articles, la caractéristique du contrat aléatoire. Mais ici se pose déjà une difficulté qui embarrasse les interprètes. Elle naît du conflit qui s'élève entre les articles 1104 et 1964, si on les compare l'un à l'autre. Cette difficulté est la suivante : Dans le contrat aléatoire la chance de gain

ou de perte peut-elle n'exister que d'un seul côté? Faut-il déclarer que le contrat n'est aléatoire que s'il y a chance de perte ou de gain pour chacune des parties (1104)? Faut-il suivre, au contraire, l'article 1964, et dire que la chance de perte ou de gain peut n'exister que « pour l'une des parties? »

Certains auteurs ont prétendu que la vraie définition est déposée dans l'article 1964. Ces auteurs raisonnent de la façon suivante : Supposons, disent-ils, qu'un individu assure sa maison contre l'incendie. Il fait certainement un contrat aléatoire, et cependant les chances de perte ou de gain ne sont pas réciproques. En effet, l'assuré n'a ni chance de gain ni chance de perte ; il n'a pas de chance de gain, car l'indemnité qu'il recevra si la maison brule ne fera que réparer le préjudice que lui cause l'incendie ; il n'a pas de chance de perte, car il doit payer la prime à tout événement.

Mais, comme on l'a fait remarquer, cette argumentation n'est qu'un pur abus de mots. Si la maison brule, l'assuré en touche la valeur, il gagne donc au contrat puisque s'il ne s'était pas fait assurer il n'aurait rien touché. Et, d'autre part, si la maison ne brule pas, l'assuré perd évidemment le montant des primes qu'il verse chaque année.

A choisir entre les deux définitions, nous préférons celle de l'article 1104, qui met les risques de gain ou de perte au compte des deux parties. Mais, à vrai dire, elle ne nous satisfait pas plus que l'autre, et nous allons en chercher une qui soit plus claire, qui parle mieux à l'esprit. Ces mots : « chance de perte ou de gain » sont des mots vagues, fuyants, sur lesquels on ne peut construire une théorie précise et positive.

Les chances de perte ou de gain existent, en effet, dans tout contrat même commutatif. Supposons, en effet, que j'achète une maison pour la somme de 200,000 francs, et que cette somme représente la valeur exacte de la maison. Le droit de propriété que j'acquiers ainsi peut être pour moi la source d'un gain ; il en sera ainsi si une cause inattendue amène une plus-value dans la valeur de la maison. Par contre, je suis exposé à perdre, et je perdrai toutes les fois que la maison éprouvera une moins-value, ou qu'un événement imprévu fera disparaître mon droit de propriété. Or, mon droit de propriété peut disparaître dans deux ordres de circonstances différents. Il en sera d'abord ainsi si la maison, objet de mon droit de propriété, vient à être physiquement détruite. Si sa destruction est purement fortuite, je perdrai mon droit de propriété sans recevoir aucune compensation ; si elle provient du fait ou de la faute d'un tiers, mon droit de propriété sera remplacé dans mon patrimoine par une action en indemnité contre ce tiers ; mais ici encore je peux perdre, car ce tiers peut être insolvable. Si la maison que j'ai achetée m'a été vendue par un non dominus, les chances de perte que je cours apparaissent encore ; le vrai propriétaire, en effet, va m'évincer, et je vais alors me retourner contre mon vendeur et l'actionner en garantie ; il m'indemniserà et n'aura eu sur la somme d'argent que je lui aurai payée qu'un droit sujet à des chances de perte puisqu'il va être tenu de me la rembourser. D'autre part, je suis exposé à perdre moi aussi, car j'ai peut-être traité avec un insolvable.

Nous voyons donc que tout contrat commutatif implique des chances de gain ou de perte, et que par

suite ces mots : gain, perte, ne sont pas de nature à nous donner une notion précise du contrat aléatoire. Cherchons-la cependant, et, pour la découvrir, analysons les contrats aléatoires prévus par notre Code.

Notre Code civil, dans l'article 1964, énumère quatre contrats aléatoires :

Le contrat d'assurance,
Le prêt à la grosse aventure,
Le jeu et le pari,
Et la rente viagère.

Remarquons tout d'abord qu'il y a dans l'énumération de l'article 1964 deux contrats aléatoires qui se distinguent par des caractères absolument opposés; nous voulons parler du jeu et du pari, et de l'assurance maritime.

Le jeu est une convention par laquelle le perdant s'oblige à payer au gagnant une certaine somme d'argent ou toute autre chose qui forme ce qu'on appelle l'enjeu de la partie.

Le pari est une convention intervenue entre deux personnes qui sont en désaccord sur un point quelconque et par laquelle chacun des parieurs s'oblige, dans le cas où son opinion serait reconnue mal fondée, à payer à l'autre une certaine somme ou un objet déterminé.

Ces contrats favorisent l'oisiveté et démoralisent les sociétés ; il y a là un « monstre anti-social » selon l'expression de l'orateur du Tribunat. Aussi les rédacteurs du Code civil n'ont-ils pas hésité à suivre les traditions de notre ancien droit et à refuser toute action au gagnant pour obliger le perdant à s'exécuter.

Tout autre est le contrat d'assurance maritime.

L'assurance maritime est un contrat par lequel l'assureur, moyennant un prix appelé prime, s'engage envers l'assuré à le décharger de tous les risques maritimes auxquels les objets qui lui appartiennent sont ou seront exposés et à l'indemniser des pertes qu'il pourrait subir dans ces objets. C'est un contrat de prévoyance, qui a pour but de maintenir dans son intégrité le patrimoine du chargeur ou de l'armateur qui s'assure. Dans le jeu ou dans le pari, le joueur cherche à réaliser un bénéfice, *certat de lucro capiendo*; dans l'assurance maritime, l'assuré cherche seulement à ne pas perdre, *certat de damno vitando*. Sans doute, il y a l'une des parties, l'assureur, qui cherche à réaliser un bénéfice (il doit garder pour lui le montant des primes si le sinistre ne se produit pas); mais l'assuré cherche toujours à éviter une perte, et cela suffit pour moraliser le contrat.

En résumé, l'assurance maritime est un contrat d'indemnité. Il en résulte que si elle doit procurer à l'assuré autre chose qu'une indemnité, et être pour lui la source d'un enrichissement, elle perd son caractère d'assurance pour dégénérer en un pari. Supposons, par exemple, que l'indemnité promise par l'assureur soit supérieure au dommage éprouvé par l'assuré, nous dirons que l'assurance dégénère en un pari; elle équivaut, en effet, à la promesse de payer une somme à l'assuré à titre de gain suivant que tel événement fortuit arrivera ou non. Qu'on ne vienne pas objecter que dans ce cas une somme est payée; peu nous importe! Nous serons, si on le préfère, en face d'une loterie, mais la loterie qu'est-ce autre chose qu'un pari? Nous en concluons qu'aux termes de l'art. 1965 l'assuré sera dépourvu de toute action pour se faire payer par l'assureur.

Insistons sur ce contrat d'assurance et demandons-nous à quelles choses il peut s'appliquer. Ne pouvons-nous assurer que les objets existant dans notre patrimoine au moment de la formation du contrat, ou bien, au contraire, pouvons-nous assurer les choses qui, quoique n'existant pas actuellement dans notre patrimoine, n'en constituent pas moins une expectative sérieuse et bien fondée ?

Il nous semble que toutes les choses peuvent être assurées, aussi bien les choses actuelles que les choses espérées ; mais nous exigeons bien entendu une espérance sérieuse : si l'espérance, en effet, n'est pas sérieuse, le risque en se produisant ne cause aucun dommage à l'assuré, et alors le contrat d'assurance cesse d'être un contrat d'indemnité ; il tend non pas à indemniser l'assuré, mais à lui procurer un enrichissement. Nous sommes en présence d'un véritable pari.

Nous venons de dire que, selon nous, toute chose espérée peut être assurée ; cette opinion n'est cependant pas universellement admise et certains auteurs argumentent contre elle des dispositions du Code de commerce. D'après le Code de commerce, disent ces auteurs, l'assurance maritime ne peut avoir pour objet que le navire ou les marchandises chargées à son bord (art. 334). Le contrat est nul s'il a pour objet le fret des marchandises existant à bord du navire ou le profit espéré des marchandises (art. 347). Eh bien, nous dit-on, le fret et le profit espéré des marchandises ce sont des choses futures, éventuelles ; le fret, en effet, n'est dû à l'armateur qu'en cas d'heureuse arrivée du navire, et quant au profit espéré des marchandises il ne se réalise que si elles arrivent à

destination. C'est leur caractère futur et éventuel qui empêche que ces choses ne puissent être assurées ; l'art. 347 du Code de commerce n'a fait qu'appliquer dans deux hypothèses spéciales une règle plus générale aux termes de laquelle toute chose qui n'est pas dès à présent existante ne peut pas être assurée.

Cette interprétation restrictive de la portée du contrat d'assurance ne nous semble pas exacte. Elle est, en effet, en contradiction soit avec les principes généraux du droit, soit avec le but même du contrat d'assurance. Nous disons d'abord qu'elle contredit les principes généraux du droit : dans notre droit, lorsqu'une personne cause à une autre un préjudice, elle lui en doit la réparation et cette réparation comprend non seulement la perte éprouvée, mais encore le gain dont on a été privé (1149, C. civil). Si donc un individu nous empêche de réaliser un gain, nous pouvons lui en demander le montant au moyen d'une action en dommages-intérêts ; pourquoi, dès lors, ne pas nous permettre d'assurer le gain espéré, c'est-à-dire de stipuler qu'une Compagnie nous devra une indemnité si un cas fortuit vient en empêcher la réalisation.

L'opinion que nous combattons est, en outre, contraire au but du contrat d'assurance ; l'assurance est un contrat d'indemnité, son but est de remettre l'assuré dans la même position que celle qu'il eût eue si le sinistre prévu ne se fût pas réalisé ; eh bien, si le sinistre n'avait pas eu lieu, l'espérance aurait été remplacée par un droit ; l'assurance doit donc pouvoir la garantir des risques qui la menacent. Quant à l'art. 347 du Code de commerce, dont on propose, du reste, l'abrogation, nous le considérons comme une excep-

tion aux principes généraux, nous l'interprétons par suite restrictivement.

Le jeu et l'assurance, que nous venons d'examiner, sont des contrats aléatoires. Demandons-nous pourquoi ?

La réponse est facile. Quant au jeu tout d'abord, l'*alea* consiste en ce qu'une seule des deux parties accomplira une prestation au profit de l'autre. Le gagnant touchera quelque chose, mais le perdant ne retirera rien du contrat. Il y aura forcément perte d'un côté et gain de l'autre, d'après un événement incertain qui sera l'issue de la partie. Dans l'assurance l'*alea* consiste dans le caractère conditionnel de l'obligation de l'assureur ; l'assuré effectue une prestation pure et simple, l'assureur s'oblige à effectuer une prestation de beaucoup supérieure, mais son obligation est conditionnelle. Ici encore, il y aura forcément perte d'un côté et gain de l'autre, d'après un événement incertain qui est l'arrivée ou la non arrivée d'un sinistre ; si aucun sinistre ne se produit c'est l'assuré qui perd et il perd toutes les primes qu'il a payées ; si le sinistre se produit c'est l'assureur qui perd et il perd une valeur égale à la différence existant entre la somme qu'il a promise et les primes qu'il a touchées. En d'autres termes, le contrat d'assurance est aléatoire à raison du caractère conditionnel de l'obligation de l'une des parties.

Nous commençons maintenant à entrevoir le sens qui se cache sous ces mots : « chance de perte et de gain » employés par le Code civil pour caractériser le contrat aléatoire. Ils veulent dire que le contrat aléatoire se réalisera inévitablement en un gain pour une partie et une perte pour l'autre. Nous disons « inévi-

tablement », car les chances de perte et de gain résultent du contrat lui-même puisque c'est en vertu du contrat que les prestations promises ne sont ni équivalentes ni dues à tout événement. Dans le contrat commutatif, au contraire, les chances de perte et de gain existent sans doute, on ne saurait trouver ni stabilité, ni permanence dans les avantages que l'on a voulu retirer d'une convention ; mais les chances de perte et de gain ne résultent pas du contrat lui-même, puisque par hypothèse les prestations promises sont considérées comme équivalentes et sont dues à tout événement. Ces chances sont le produit d'événements extérieurs, étrangers au contrat.

Poursuivons l'analyse des contrats aléatoires énumérés par l'article 1964, et prenons le prêt à la grosse aventure, le *nauticum fœnus* des Romains. On appelle prêt à la grosse « un prêt dans lequel certains objets exposés aux fortunes de mer sont spécialement affectés au remboursement du capital augmenté d'un intérêt maritime considérable, avec cette condition que si les objets affectés à l'emprunt viennent à périr par fortune de mer, l'emprunteur n'aura rien à rembourser ». J'ai emprunté 100,000 francs pour acheter un lot de marchandises que j'expédie sur un navire ; il est convenu qu'en cas d'heureuse arrivée du navire je rendrai 120,000 francs, qu'en cas de sinistre je ne rendrai rien. J'ai fait un prêt à la grosse. Ce contrat est aléatoire comme l'assurance, il implique des chances fatales de gain et de perte qui tiennent au caractère conditionnel de l'obligation de l'emprunteur, et à la supériorité de la somme due sur la somme empruntée en cas d'événement de la condition.

Il nous semble, du reste, que le prêt à la grosse et

l'assurance ne sont pas deux contrats aléatoires différents, il nous semble qu'ils ne font qu'un, et que l'assurance est un contrat à l'état simple, qu'elle est un contrat dégagé de tout élément étranger et que le prêt à la grosse est une assurance compliquée d'un prêt sur lequel elle se greffe. Pour le démontrer, reprenons l'exemple que nous avons donné tout à l'heure. J'ai emprunté 100,000 francs pour acheter des marchandises et je me suis engagé à payer 120,000 francs si le navire qui doit les transporter arrive à bon port. Si nous nous trouvions dans l'hypothèse d'un prêt ordinaire je devrais, quelle que fût l'issue du voyage, restituer au prêteur : 1° le capital prêté ; 2° les intérêts légaux. Dans le cas qui nous occupe il en est autrement, et voici ce qui est intervenu. Je suis censé avoir dit au prêteur : « Je cours un risque, celui de perdre mes marchandises pendant la traversée, et je n'en serai pas moins débiteur envers vous de la somme prêtée et de ses intérêts. Ce risque que je cours vous allez vous en charger de telle sorte qu'en cas de sinistre je ne vous devrai rien. Par contre, si le navire fait une traversée heureuse, outre les 100,000 francs plus les intérêts, je vous paierai une somme de tant représentative des risques dont vous vous êtes chargé. »

Nous voyons ici le prêteur devenir l'assureur de son emprunteur moyennant une prime conditionnelle, c'est-à-dire ne devant se payer qu'en cas d'heureuse arrivée des marchandises. L'indemnité est ici négative, elle consiste en ce que le prêteur ne pourra rien réclamer à l'emprunteur. Le prêt à la grosse n'est donc autre chose qu'un contrat de prêt accru d'une assurance.

Chose curieuse, les Romains qui ne connaissaient pas l'assurance ont connu et pratiqué le prêt à la grosse, ils ont connu le contrat composé sans connaître le contrat simple. L'explication de ce fait réside peut-être dans cette idée que si le prêt à la grosse est compliqué dans son analyse, il devait néanmoins se présenter à l'esprit plus facilement que le contrat d'assurance.

Nous arrivons enfin à la rente viagère, contrat par lequel une personne obtient que, moyennant l'aliénation immédiate d'un capital, une certaine rente lui sera servie sa vie durant.

J'ai 50 ans et 140,000 francs de fortune ; je les aliène contre une rente de 13,000 francs ma vie durant ; voilà un contrat de rente viagère. Il est aléatoire, il aboutira fatalement à une perte ou à un gain pour moi ou mon débi rentier. Cette perte ou ce gain proviendront de ce que, tandis que le montant de ma prestation est dès à présent fixé, celui de la prestation de mon débi rentier est incertain quant à son quantum et dépend du nombre d'années que je vivrai.

Ici encore il nous semble qu'on peut raisonner comme nous l'avons fait tout à l'heure pour le prêt à la grosse et dire que la rente viagère n'est pas un contrat aléatoire sui generis, mais bien une assurance se combinant avec un autre contrat. Analysons, en effet, l'opération : j'ai un capital de 140,000 francs productif de 7,000 francs d'arrérages ; je trouve ce revenu insuffisant et je veux consommer mon capital en en dépensant chaque année une partie, de telle sorte que je l'épuise pendant les années que j'ai encore à vivre ; or j'ai 50 ans, il me reste 14 années de vie d'après les tables de mortalité, je pourrai donc partager mon

capital en 14 parties et chaque année j'aurai à dépenser $1/14$ soit 10,000 francs, plus les intérêts du capital qui n'aura pas encore été consommé; la 1^{re} année j'aurai à dépenser 17,000 francs et la 14^{me} 10,500 francs, ce qui fait une moyenne de 13 à 14,000 francs au lieu de 7,000 francs d'intérêts que produisait chaque année le capital. Mais je cours un risque, celui de dépasser l'âge moyen indiqué par les tables de mortalité. La rente viagère est un contrat qui va me permettre de faire supporter ce risque à un tiers; grâce à ce contrat je vais aliéner mon capital de 140,000 francs à titre de prêt à un tiers, le remboursement s'en effectuera au moyen de 14 échéances, une par année. Dans la rente viagère il y a donc d'abord un prêt; mais il y a aussi une assurance : en effet, si je vis plus de 14 ans, le débi rentier devra tous les ans continuer à me payer la même somme, c'est-à-dire qu'il me garantit contre le risque auquel je me serais exposé si j'avais consommé moi-même chaque année une fraction de mon capital. En quoi consiste la prime? Le voici : Au lieu de me payer, chaque année, 13 ou 14,000 francs le débi rentier ne me paiera que 12,500 francs par exemple, et, grâce à une retenue de ce genre faite à chaque crédi rentier, le débi rentier continuera ses paiements à ceux dont la vie aura dépassé la durée moyenne.

Nous avons ainsi terminé l'analyse des divers contrats aléatoires prévus par notre Code civil. Mais l'énumération de l'article 1964 est loin d'être limitative. A côté de ce premier groupe de contrats aléatoires il en est un autre beaucoup plus considérable et qui comprend tous les autres contrats, tout contrat commutatif étant susceptible de devenir un contrat aléatoire, eh bien, il importe de savoir dans quels cas ce

résultat va se produire. Nous devons convenir, du reste, que cette question ne présente guère qu'un intérêt théorique; l'intérêt pratique se réduit au seul point suivant : Dans les cas tout exceptionnels où la lésion est une cause de rescision des contrats à titre onéreux, cette cause cesse de s'appliquer lorsque le contrat, au lieu du caractère commutatif a revêtu le caractère aléatoire.

Continuons donc notre étude, mais auparavant résumons dans deux règles le chemin que nous avons parcouru :

1° *Les contrats prévus par l'article 1964 sont aléatoires à raison de l'incertitude qui pèse sur le montant ou sur l'existence même de l'obligation de l'une des parties ;*

2° *Le prêt à la grosse et la rente viagère ne sont autre chose qu'une assurance greffée sur un autre contrat.*

La première de ces deux règles va nous permettre de découvrir immédiatement toute une catégorie de contrats aléatoires. Toutes les fois qu'à une prestation ferme correspondra une prestation dont un événement tient en suspens le *quantum* ou l'*exécution même*, nous dirons que le contrat est aléatoire.

Plaçons-nous, par exemple, en face du contrat que les jurisconsultes romains appelaient l'*Emptio spei* : J'ai acheté pour un prix de 10 francs le coup de filet que va donner un pêcheur ; j'ai fait un contrat aléatoire puisque l'existence même de l'obligation du pêcheur est subordonnée à un événement incertain qui est ici le suivant : Y aura-t-il ou n'y aura-t-il pas de poisson dans le filet ? — Il y a dans ce contrat la chance de gain et de perte dont parle le Code civil, la perte sera

pour moi si le pêcheur retire de l'eau son filet vide, elle sera pour lui s'il le retire rempli de poisson. — De même et pour le même motif la vente d'un droit litigieux et la vente d'une succession ouverte sont des ventes aléatoires.

Il se peut aussi que ce soit non point l'existence d'une des obligations qui soit incertaine, mais seulement son montant, sa valeur. Il en est ainsi dans les ventes d'usufruit ou de nue propriété. Supposons que j'aie acheté pour 1,000 francs l'usufruit d'une propriété, j'ai fait un contrat aléatoire car l'émolument du droit acheté n'a pas une consistance qui soit déterminée au moment du contrat ; la valeur de l'usufruit dépend d'un événement incertain qui est sa durée. Je perdrai ou je gagnerai suivant que l'usufruit sera de longue ou de courte durée. (1)

Les contrats aléatoires que nous venons d'énumérer ne sont pas les seuls ; il en est d'autres encore, mais le criterium que nous venons d'indiquer ne saurait servir à les reconnaître. Donnons-en des exemples. Soit un contrat de vente : Ce contrat fait naître à la charge du vendeur l'obligation de garantie ; le vendeur

(1) Il faut bien se garder de confondre les contrats aléatoires et les contrats conditionnels ; les premiers se forment et produisent leurs effets, que la condition se réalise ou qu'elle fasse défaut ; les seconds, au contraire, ont leur formation subordonnée à l'avènement même de la condition. Par exemple, lorsque j'achète d'un pêcheur son coup de filet, le contrat aléatoire est formé à l'instant, c'est-à-dire que le coup de filet n'amènât-il aucun poisson je n'en suis pas moins débiteur du prix. Si, au contraire, j'achète d'un pêcheur un brochet, s'il le pêche, l'engagement n'existe qu'autant que la condition vient à se réaliser, c'est-à-dire que si le coup de filet du pêcheur n'amène aucun brochet je ne lui devrai rien. — Voir Dalloz : Répertoire de Législation et de Jurisprudence. — Verbo : Contrat aléatoire, n° 12.

peut s'en affranchir en stipulant que la vente aura lieu aux risques et périls de l'acheteur, mais alors la vente devient aléatoire, et cependant aucune incertitude ne pèse sur les prestations. Nous disons que la vente est alors aléatoire, il s'agit de le démontrer : Le prix dans l'espèce sera inférieur à ce qu'il serait si le vendeur était resté grevé de l'obligation de garantie ; l'acheteur qui se voit privé du recours en garantie voudra payer moins cher et, en fait, il paiera moins cher, il paiera 90, par exemple, au lieu de payer 100. Et alors de deux choses l'une : ou bien il ne se produira pas d'éviction, dans ce cas l'acheteur gagnera, il gagnera 10 puisqu'il a eu pour 90 une chose qui vaut 100 ; ou bien l'éviction se produit, mais alors c'est l'acheteur qui perd ; il perd puisqu'il est privé de la chose et que d'autre part il ne peut exercer l'action en garantie. Le contrat produira fatalement une perte d'un côté et un gain de l'autre ; il y a chance de perte et de gain dans le sens de l'article 1104, le contrat est aléatoire. — Autre exemple : Le louage d'ouvrage peut, lui aussi, devenir aléatoire. Supposons que je prenne un ouvrier pour le faire travailler dans mon usine. Un accident lui arrive : lui en devrai-je réparation ? Oui, si l'accident provient de ma faute ou de mon fait ; non, s'il provient d'un cas fortuit. Que si je me suis engagé à l'indemniser même des accidents purement fortuits, le contrat de louage devient un contrat aléatoire. En effet, en face d'une telle responsabilité j'abaisserai le salaire de mon ouvrier et alors apparaissent immédiatement les chances de perte et de gain ; ces chances de perte et de gain se produiront quoiqu'il arrive, elles découlent du contrat lui-même, le contrat est aléatoire.

Ces réflexions nous permettent de poser la seconde règle qui doit nous servir à reconnaître les contrats aléatoires :

Tout contrat commutatif devient aléatoire lorsque la volonté des parties insère dans la convention une clause dérogatoire aux règles générales du contrat et que cette clause a pour effet d'aggraver ou de diminuer la responsabilité de l'un des contractants.

Nous avons vu plus haut que l'assurance, le prêt à la grosse et la rente viagère ne constituaient qu'en apparence trois contrats différents et que les deux derniers n'étaient, au fond des choses, qu'une assurance juxtaposée à un autre contrat. Nous allons reprendre cette idée et en faire l'application aux nouveaux contrats aléatoires que nous venons de découvrir. Nous aurons, du reste, bientôt à en tirer parti lorsque nous rechercherons quelle est la nature juridique du contrat d'assurance en cas de décès.

La vente d'un coup de filet, la vente d'un usufruit se décomposent en une vente et une assurance ; le pêcheur, l'usufruitier courent un risque ; ils sont exposés à voir s'évanouir l'espérance qu'ils fondent sur le poisson à prendre, sur l'émolument à tirer de l'usufruit. La vente va transformer pour eux cette espérance en un droit ferme, grâce au prix qu'ils vont toucher ; c'est l'acheteur qui, désormais, va être exposé aux risques, il sera l'assureur de son vendeur. Quant à la prime, la voici : l'acheteur paiera un prix inférieur à la valeur moyenne d'un coup de filet ou à la valeur de l'usufruit calculée d'après sa durée probable, et retiendra comme prime la différence entre cette valeur et le prix qu'il paie.

Autre exemple : Une chose est vendue aux risques

et périls de l'acheteur, il y a là une vente, plus une assurance. L'acheteur, dont la situation est empirée, ne traitera que s'il obtient une réduction de prix, il paiera, par exemple, 80 au lieu de payer 100. L'opération peut s'analyser ainsi : moyennant une réduction de prix qui constitue une prime l'acheteur devient l'assureur du vendeur ; et le résultat de cette assurance sera, en cas d'éviction, d'empêcher l'acheteur d'agir en garantie contre le vendeur.

Soit encore une vente faite avec cette clause que, contrairement à l'article 1138, la chose sera aux risques du vendeur jusqu'à la livraison. Il est convenu que, si la chose périt fortuitement avant la livraison, l'acheteur ne paiera pas le prix. Nous avons ici une vente, plus une assurance dans laquelle c'est le vendeur qui joue le rôle d'assureur. La vente dans cette hypothèse aura lieu à un prix supérieur, et la supériorité de ce prix sur le prix réel constitue la prime. Notons qu'ici, de même que dans le prêt à la grosse, la prime est conditionnelle, c'est-à-dire qu'elle ne sera payée que si le risque ne se produit pas.

Supposons qu'un patron a fait avec des ouvriers un contrat de louage d'ouvrage, avec cette clause qu'il serait responsable des accidents purement fortuits advenus à ses ouvriers. Nous sommes en face d'un contrat de louage accru d'une assurance ; le patron paiera ses ouvriers moins cher et sera leur assureur contre les accidents fortuits. La prime sera la différence entre le prix stipulé au contrat et le prix qui eût été payé en l'absence de la clause que je suppose. De sorte que, comme on l'a dit, une loi qui rendrait les patrons responsables des accidents fortuits advenus à leurs ouvriers ne serait rien autre chose qu'une loi

organisant l'assurance obligatoire de l'ouvrier par le patron. (Voir, à ce sujet, deux articles de M. Sauzet, sur la responsabilité des patrons. *Revue critique* N. S., t. XII, année 1883.)

L'alliance du contrat d'assurance avec un autre contrat se manifeste encore dans la convention qui porte le nom de *ducroire*. On appelle ainsi la convention par laquelle le commissionnaire promet au commettant sa garantie personnelle pour l'exécution de tous les engagements obtenus par son entremise. Soit, par exemple, un commissionnaire vendeur qui garantit à son commettant la solvabilité des acheteurs avec lesquels il traite ; il n'y a là qu'une assurance ajoutée à un contrat de commission, le commissionnaire assure la créance de son commettant contre l'insolvabilité possible de l'acheteur. Le commettant paie alors une prime qui est ordinairement le double du droit de commission.

Nous pouvons, en fin de compte et pour résumer ces développements, dire qu'il n'y a que deux contrats aléatoires, le jeu et l'assurance. Par le premier on poursuit une œuvre immorale, qui est la réalisation d'un gain. Par le second, on cherche à se garantir contre un dommage possible. Ce dommage peut menacer soit notre patrimoine actuellement existant, soit une simple espérance, et, dans ces deux cas, l'assurance peut intervenir. Elle peut d'abord intervenir d'une façon principale, nous pouvons assurer directement soit un bien actuellement existant, soit une simple espérance, pourvu du moins qu'elle soit sérieuse, ainsi que nous l'avons précédemment établi. Mais elle peut aussi intervenir d'une façon accessoire ; au lieu d'assurer directement nos biens, nous

pouvons les assurer incidemment en faisant un autre contrat, et il en est ainsi dans tous les contrats aléatoires qui ne sont ni un jeu, ni un pari, ni une assurance proprement dite.

Tel semblait bien être le sentiment du jurisconsulte Pothier, lorsqu'il disait au n° I de son *Traité du contrat d'assurances* : « Les contrats aléatoires sont
« ceux dans lesquels ce que l'un donne ou s'oblige à
« donner est le prix d'un risque dont l'autre l'a
« chargé. »

La conséquence pratique des idées que nous venons de soutenir est la suivante : Les contrats aléatoires exigent une bonne foi beaucoup plus stricte que les contrats commutatifs ; pour savoir si elle fait défaut et si le contrat doit être annulé, on devra appliquer, non pas les règles du Code civil relatives au dol, mais les règles beaucoup plus sévères du Code de commerce qui, dans l'article 348, dispose que la simple réticence est une cause de nullité du contrat d'assurance.

Abordons maintenant les opérations connues sous le nom d'assurances sur la vie. Cherchons à les analyser et à en fixer la nature exacte.

Les opérations pratiquées sous le nom d'assurances sur la vie sont de deux sortes.

Les unes (assurances en cas de vie) ont pour but de procurer à une personne un capital déterminé si, à telle époque, elle vit encore. On peut faire sortir ce contrat de la rente viagère. Dans la rente viagère simple les arrérages doivent être servis annuelle-

ment jusqu'à la mort du crédi rentier qui en profite dès l'année qui suit la conclusion du contrat. Rien n'empêcherait à coup sûr de convertir cette dette de prestations annuelles et viagères en la dette d'une somme unique que le promettant s'engagerait à fournir à une certaine date, au cas où le bénéficiaire vivrait encore. C'est là précisément l'effet de l'assurance en cas de vie. Il est impossible de voir dans cette substitution d'une somme unique à des sommes échelonnées une modification rendant irrégulière une opération que la loi valide. Aussi, sans nous attacher plus longtemps à analyser la charpente de ce contrat, nous le déclarons valable, car il procède de la rente viagère qui est valable.

Pour l'assurance en cas de décès, la question est plus délicate, et les auteurs ne sont pas encore d'accord sur la nature juridique qu'il faut reconnaître à ce contrat.

Une personne stipule qu'à sa mort une Compagnie paiera telle somme à une autre personne, elle s'engage en même temps à verser une prime unique ou des primes annuelles, voilà un contrat d'assurance en cas de décès.

Ce contrat est aléatoire. Pourquoi ? Il ne faudrait pas en chercher le motif dans cette idée que, tandis que l'obligation de l'assureur est dès à présent fixée, celle du stipulant est incertaine et dépend du nombre de primes qui sera payé. Ce serait là un faux raisonnement, car dans bien des cas on substitue une prime unique à des primes annuelles ; aucune incertitude ne pèse alors sur le montant de l'obligation du stipulant, et cependant le contrat n'en est pas moins aléatoire. Ce qui rend le contrat aléatoire, c'est le terme

incertain apposé à la créance du bénéficiaire. Sans doute, l'obligation de l'assureur n'est incertaine ni quant à son existence ni quant à son quantum ; mais la date de son exigibilité est incertaine, de telle sorte qu'en fait l'assureur, bien qu'il s'oblige à payer une somme fixée, paiera plus ou moins, suivant que c'est dans un an ou dans vingt ans qu'il paiera. Si deux personnes me doivent une somme de 10 et que l'une d'elles jouisse d'un terme d'un an, celle qui jouit du terme doit évidemment moins ; c'est sur cette idée qu'était fondée la théorie romaine de la plus *petitio tempore*.

Le contrat d'assurance en cas de décès est donc aléatoire ; il aboutira forcément à une perte ou à un gain pour chacun des contractants, suivant un événement incertain, qui est la date du décès du stipulant. Le gain sera pour la Compagnie si l'assuré dépasse la durée ordinaire de la vie humaine ; il sera au contraire pour l'assuré s'il meurt peu de mois seulement, par exemple, après la passation du contrat.

L'opinion contraire a cependant été soutenue, et l'on a prétendu que l'assurance en cas de décès n'était pas un contrat aléatoire. (Voir à ce sujet la polémique qui s'est engagée entre MM. de Courcy et E. Reboul. *Moniteur des Assurances*, 1868-1869.) Il nous semble que ces deux auteurs étaient dans le vrai, et que leur seul tort était de se placer à un point de vue différent pour examiner ce contrat. — Si l'on se place au point de vue juridique, le contrat est aléatoire, cela est indiscutable (1104) ; mais si l'on se place au point de vue économique, si on examine le but du contrat, on est obligé de convenir qu'il est anti-aléatoire, puisqu'il a pour but de remédier à l'aléa qui pèse sur la durée de la vie humaine.

Il ne nous suffit pas d'avoir établi que le contrat d'assurance en cas de décès est aléatoire, nous devons pousser plus loin notre analyse et tâcher de déterminer quelle en est exactement la nature juridique ; et c'est ici que nous allons avoir à utiliser cette règle que nous avons précédemment établie, et aux termes de laquelle *tout contrat aléatoire qui n'est pas un jeu ou un pari est une assurance à l'état simple ou à l'état composé*.

D'après une première opinion, l'assurance en cas de décès est un véritable contrat d'assurance, un contrat d'indemnité. La chose assurée, c'est la vie considérée comme un bien, comme une source de revenus ; le but du contrat, c'est de remplacer la valeur pécuniaire qui va disparaître du patrimoine par la mort de l'un des individus qui constituent la famille. Les partisans de cette opinion raisonnent ainsi : Une simple expectative réelle et bien fondée suffit pour servir de base à un contrat d'assurance. Il ne faudrait pas croire, en effet, que le sinistre contre lequel on s'assure (c'est ici la mort) n'altère nullement le patrimoine, et que dès lors l'assurance attribuant ici à l'assuré un bénéfice cesse d'être un contrat d'indemnité pour devenir un vrai contrat de *lucro captando*. Il n'en est rien ; le gain dont on est privé aurait figuré dans le patrimoine si la mort ne s'était pas produite ; l'assurance en cas de décès vient réparer le dommage causé par cette mort. Et qu'on ne vienne pas prétendre que la vie est un bien qui ne saurait être appréciable en argent ; en effet, quand un individu a par sa faute ou son fait donné la mort à un homme, les héritiers de la victime ont une action en dommages-intérêts, à l'effet d'obtenir la réparation du préjudice qui leur est causé. Et

les Tribunaux, pour fixer ces dommages-intérêts, tiennent compte, d'une part, des ressources de celui qui les doit et, d'autre part, de la valeur pécuniaire que représentait la victime, de la somme de richesse qu'il procurait à la famille.

Telle est l'opinion que M. Montluc a soutenue dans son mémoire sur les assurances sur la vie, p. 144 et s... *Sic* Dalloz Rép. *Verbo* : Assurances terrestres n° 312. — Troplong, Contr., aléat., n°s 165 et 154. — Pont. Contr. aléat., n° 587.

Dans ce système donc, la chose assurée c'est la vie elle-même de l'assuré. Cette opinion engendre les conséquences suivantes que M. Montluc, partisan acharné de ce système, n'hésite pas à admettre.

1. L'assurance en cas de décès est impossible au profit d'un tiers qui n'est pas intéressé à l'existence de l'assuré ; — en effet, l'assurance, dans cette hypothèse, cesse d'être un contrat d'indemnité ; elle dégénère en un pari.

2. L'assurance en cas de décès contractée sur la tête d'un tiers est nulle lorsque l'assuré n'a aucun intérêt à l'existence de ce tiers ; — même motif que ci-dessus.

3. Le capital assuré ne devra pas dépasser l'intérêt que le bénéficiaire a à la vie de l'assuré. Sinon l'assurance est nulle pour partie. C'est par application de cette idée que les assurances successives sont impossibles lorsqu'elles dépassent la valeur effective de l'assuré.

Ces conséquences rigoureuses nous semblent être la condamnation du système que nous venons d'exposer. Sans doute, si nous supposons qu'un père de famille qui fait vivre sa femme et ses enfants de son travail vient demander à l'assurance en cas de décès de le

remplacer lorsqu'il ne sera plus là, on peut fort bien voir dans le contrat d'assurance un contrat d'indemnité. — Mais l'assurance en cas de décès n'a pas toujours pour but de remédier à la situation que nous venons de prévoir, et souvent elle se présente dans des conditions telles qu'il est impossible d'y voir une assurance proprement dite dont la vie de l'assuré serait l'objet. Faudra-t-il la déclarer nulle comme le font les partisans du premier système et apporter ainsi une entrave à cette institution bienfaisante ? Soit par exemple l'hypothèse suivante sur laquelle les partisans du premier système ne se prononcent pas : Un père de famille rentier assure sa veuve et ses enfants ; cette assurance est-elle valable ? Si on adopte la première opinion, il faut décider que l'assurance n'est pas valable ; elle tend à procurer à la veuve et aux enfants un enrichissement, puisqu'ils trouveront dans la succession de leur mari ou de leur père tous les biens dont jouissait le *de cujus* ; sa mort ne leur cause donc aucun préjudice pécuniaire.

Toutes ces conséquences nous empêchent d'admettre la première opinion ; nous nous rallierons à un second système qui voit dans l'assurance en cas de décès pour la vie entière, non pas une assurance proprement dite, mais un contrat de prêt auquel est juxtaposée une assurance. Supposons en effet que je sois âgé de 50 ans et que j'aie un capital de 100,000 francs dont les revenus ne me sont pas nécessaires pour mon existence. Je voudrais avant ma mort doubler le capital, est-ce possible ? J'ai 50 ans, j'ai par conséquent 14 années à vivre encore d'après les tables de mortalité, si donc j'arrive à ma 64^e année, je pourrai grâce au jeu des intérêts composés réaliser un capital

de 200,000 francs. Mais je suis exposé à mourir avant ma 64^e année laissant mon opération inachevée. L'assurance en cas de décès va me permettre d'échapper à cette éventualité. J'irai m'adresser à une Compagnie d'assurance et je lui dirai : « Je vous prête mes 100,000 francs ; vous me les rendrez à ma mort accrus des intérêts composés qu'ils auraient produits si ma vie avait duré son temps normal, c'est-à-dire 14 ans. » J'aurai ainsi fait un placement aléatoire. A quelque moment que mon décès se produise, fût-ce dans le courant de la première année, mes héritiers auront droit à toute la somme assurée ; la Compagnie s'est chargée des risques de mort pouvant m'empêcher de porter mon capital de 100,000 francs au double de ce qu'il était. Quant à la prime, voici en quoi elle consiste : la Compagnie au lieu de payer 200,000 francs ne promettra que 190,000 francs et avec les sommes retenues à ceux dont la vie atteint la durée normale elle paiera les héritiers de ceux dont les décès auront été prématurés.

Qu'on ne dise que nous sommes en face d'un jeu. Je puis en effet avoir le légitime espoir de vivre 14 ans, et s'il en était ainsi j'aurais pu faire moi-même la capitalisation que je vais faire effectuer par la Compagnie. — Qu'on ne dise pas non plus que l'assurance en cas de décès viole la disposition de l'article 1154 du Code civil qui prohibe l'anatocisme ; — on est en effet d'accord pour reconnaître que la prohibition de l'anatocisme ne s'applique pas aux contrats aléatoires.

Nous avons supposé jusqu'ici que la prime était unique, c'est-à-dire versée une fois pour toutes. Si les primes étaient périodiques, annuelles, cela ne ferait

rien à la chose et le même raisonnement pourrait être reproduit.

Le système que nous venons d'exposer engendre des conséquences inverses de celles du premier.

1° L'assurance en cas de décès au profit d'un tiers qui n'est pas intéressé à la vie du stipulant est valable dans la mesure où les stipulations pour autrui sont permises.

2° L'assurance en cas de décès contractée sur la tête d'un tiers est valable lors même que le stipulant n'a aucun intérêt à l'existence de ce tiers.

3° L'assurance est valable lors même qu'elle dépasse la valeur pécuniaire de la personne sur la tête de laquelle elle est constituée.

Ces conséquences résultent de ce que, dans cette opinion, ce qui est assuré, ce qui est mis à l'abri des risques de mort, c'est non pas le capital que la vie représente, mais l'accroissement normal d'une somme d'argent nonobstant le décès prématuré d'une personne.

Selon nous, dans l'assurance en cas de décès le contrat principal c'est le contrat de prêt; c'est lui qui nous explique qu'il y ait toujours lieu à une restitution. Quant à l'assureur il s'engage, moyennant une prime, à porter la somme à ce qu'elle serait devenue si la vie de l'assuré avait atteint sa durée normale.

Il existe sur la matière une troisième opinion dont nous devons dire quelques mots; c'est celle que M. Herbault a développée dans son *Traité des assurances sur la vie*. Pour cet auteur, « l'assurance en cas de décès est un contrat d'assurance dont l'objet est la réalisation d'un capital déterminé, réalisation « garantie contre le risque d'une mort prématurée ».

Il nous semble que cette opinion doit être rejetée ; nous voyons bien une chose assurée : un capital et un risque : la mort prématurée ; néanmoins nous ne croyons pas que l'assurance en cas de décès soit un contrat d'assurance proprement dit, et notre raison est la suivante : c'est que dans un contrat d'assurance ordinaire l'obligation de l'assureur est incertaine dans sa réalisation elle-même, elle est conditionnelle. Ici, au contraire, l'obligation de l'assureur au lieu d'être sous condition est simplement sous un terme incertain. Aussi nous en tiendrons-nous à la seconde opinion qui, en voyant d'abord un prêt dans l'assurance en cas de décès, nous explique pourquoi l'obligation de l'assureur est certaine quant à sa réalisation. Du reste, la distance qui sépare le second et le troisième système n'est pas aussi considérable qu'elle semble l'être ; c'est ainsi que de l'avis même de M. Herbault, le troisième système engendre les trois conséquences que nous avons déduites du second.

CHAPITRE II.

De l'assurance en cas de décès contractée au profit d'un tiers.

L'assurance en cas de décès contractée au profit d'un tiers est-elle valable ?

Les auteurs qui considèrent l'assurance en cas de décès comme une assurance ordinaire, comme un contrat d'indemnité distinguent suivant que la mort de l'assuré doit ou non causer un préjudice au bénéficiaire. Dans le premier cas, disent-ils, le but du contrat sera de réparer un dommage, nous serons en face d'un vrai contrat d'indemnité qui sera valable. Dans le second, au contraire, le but du contrat sera la réalisation d'un gain, et l'opération devra être déclarée nulle.

Nous avons repoussé cette distinction en assignant au contrat d'assurance en cas de décès une nature juridique toute différente. Nous avons dit que d'après nous le contrat d'assurance en cas de décès n'était pas un contrat d'indemnité, mais bien un contrat de capitalisation ; nous avons dit que la somme assurée représentait non pas le préjudice que cause la mort de l'assuré, mais bien le capital qu'il aurait pu réaliser, si sa vie avait eu sa durée normale, en plaçant à intérêts composés la prime unique ou les primes annuelles qu'il verse.

Cette façon d'envisager le contrat nous permet de soutenir la validité de l'assurance en cas de décès au profit d'un tiers.

Ce n'est pas à dire cependant que toute difficulté ait disparu ; il nous faut encore montrer que notre contrat ne tombe pas sous le coup de certaines dispositions de notre Code civil qui semblent le frapper de mort. -

La matière que nous abordons maintenant est toujours restée obscure malgré toutes les discussions auxquelles elle a donné lieu. Cela tient à la nature même du sujet, mais aussi et surtout peut-être à ce que l'on n'a pas suffisamment distingué l'assurance au profit d'un tiers de certaines hypothèses qui en sont voisines, mais qui cependant ne doivent pas être confondues avec elle.

Nous allons essayer d'introduire un peu de clarté dans cette matière en examinant dans trois sections distinctes les trois points suivants :

Section I. — *De l'assurance contractée au profit d'un tiers.* — P. stipule que moyennant une prime de 10 une Compagnie paiera 100 à son décès à S. Cette assurance n'est rien autre chose qu'une stipulation pour autrui qui doit être selon nous déclarée valable.

Section II. — *De la cession du capital d'une assurance.* — P. a stipulé que moyennant une prime annuelle de 10 une Compagnie paierait 100 à son décès à sa succession ; puis, par un acte postérieur, il a cédé à S. le droit au capital assuré.

Section III. — *De l'assurance contractée pour un tiers par voie de gestion d'affaires.* — Voici ce que cela veut dire : P. pourrait faire au profit de S. l'un des deux contrats ci-dessus exposés, c'est-à-dire qu'il pourrait, soit contracter une assurance au profit de S.,

soit contracter une assurance au profit de sa succession et en céder ensuite le bénéfice à S. Mais S. pourrait de son côté contracter une assurance à son profit sur la tête de P., c'est-à-dire stipuler qu'une somme de 100 lui serait payée au décès de P.; eh bien, le contrat que S. pourrait faire lui-même, P. va le réaliser au nom de S. en se présentant comme son gérant d'affaires.

Il importe, croyons-nous, de distinguer nettement ces trois opérations, car chacune d'elles est gouvernée par des règles qui lui sont propres.

La première est régie par l'article 1121, dont on nous semble jusqu'ici avoir méconnu les vrais principes.

La seconde est régie par les règles applicables aux libéralités entre vifs.

La troisième est régie par les principes de la gestion d'affaires.

D'où il résulte que les conditions de validité de ces trois opérations sont différentes et que leurs effets sont différents aussi.

SECTION I.

DE L'ASSURANCE CONTRACTÉE AU PROFIT D'UN TIERS.

Lorsqu'une personne contracte une assurance en cas de décès au profit de sa succession, elle fait un contrat qui est très certainement valable.

Mais supposons qu'au lieu de contracter au profit de sa succession, elle contracte au profit d'un tiers quelconque. Devons-nous dire qu'ici encore l'assu-

rance est valable ? Devons-nous dire, au contraire, qu'elle tombe sous le coup de l'article 1119 du Code civil ? En d'autres termes, sommes-nous en face d'une stipulation pour autrui qui, aux termes de cet article, doit être déclarée nulle ?

Nous sommes obligés d'entrer ici dans quelques détails sur le principe de la nullité des stipulations pour autrui et sur les exceptions que ce principe comporte. Ce n'est qu'après avoir bien compris le principe et ses exceptions que nous pourrons résoudre le point de savoir si l'article 1119 fait échec à la validité de l'assurance contractée au profit d'un tiers.

P. stipule de S. qu'il paiera 100 à T. Cette opération qui porte le nom de stipulation pour autrui est déclarée nulle par notre Code civil (art. 1119).

Il en résulte : 1° que T. ne devient pas créancier, car il est étranger à la convention qui est pour lui *res inter alios acta* ; 2° que P. lui-même n'acquiert aucune action ; en effet, il n'a *aucun intérêt pécuniaire* à l'exécution de l'obligation ; or, pas d'intérêt, pas d'action.

Cette règle de la nullité des stipulations pour autrui est issue du Droit romain. Nous la trouvons énoncée aux *Institutes*, § 19, *De inutilibus stipulat*,

Liv. III, tit. XIV, où elle est justifiée en ces termes : *Inventæ sunt enim hujusmodi obligationes* (c'est-à-dire la stipulation) *ad hoc ut unusquisque sibi adquirat quod suâ interest : Ceterum ut alii detur, nihil interest stipulatoris.*

Ainsi, aux yeux des jurisconsultes romains la prohibition se justifiait par ce motif que le stipulant n'a aucun intérêt à ce que la prestation soit faite à un tiers.

Cette règle a été reproduite par Pothier et conservée par notre Code civil où nous la trouvons formulée en ces termes dans l'article 1119 : « On ne peut, en général, s'engager ni stipuler en son propre nom que pour soi-même. »

Le motif même de la règle nous indique qu'elle doit recevoir exception toutes les fois que l'intérêt du stipulant apparaîtra. Ex. : P., débiteur de 100 envers T., stipule de S. qu'il paiera 100 à T. Ici, en effet, P. a, en réalité, stipulé pour lui-même.

L'article 1121 nous indique une autre catégorie d'exceptions :

La stipulation pour autrui devient valable :

1° Quand elle est la condition d'une stipulation qu'on fait pour soi-même. Ex. : P. stipule de S. 1,000 francs s'il ne livre pas un cheval à T.

Dans cette hypothèse, dit-on, P. a un intérêt pécuniaire, « le vice de la convention a disparu, elle engendre un lien, elle oblige S., puisqu'elle donne à P. un intérêt pécuniaire, et que, dès lors, il devient impossible de lui refuser une action ». C. de Santerre T. V, n° 33 *bis*, I, p. 40.

2° La stipulation pour autrui devient encore valable « lorsqu'elle est la condition d'une donation qu'on fait à un autre ». Ex. : P. donne sa maison à S., à la condition qu'il paiera une somme de 1,000 francs à T.

Ici encore la convention n'est plus dénuée d'effet puisque le stipulant a un moyen de coercition contre le promettant, il pourra demander la révocation de la donation si le donataire n'exécute pas la charge.

On est d'accord pour généraliser la décision donnée dans ce dernier cas et l'étendre à toute hypothèse

d'aliénation faite sous la condition d'une prestation à faire à autrui ; l'article 1184 fournit en effet au stipulant un moyen de contrainte.

Cette double exception, étant donné le motif de l'article 1119, nous semble insuffisamment justifiée.

L'article 1119 repose en effet sur cette idée contestable d'ailleurs, comme nous le montrerons tout à l'heure, que la stipulation pour autrui ne peut engendrer aucune action, ni au profit du tiers à l'égard du quel elle est *res inter alios acta*, ni à l'égard du stipulant, parce qu'on n'aperçoit pas que cette stipulation fasse naître chez lui l'intérêt qui est nécessaire pour fonder toute action. Par conséquent, dans toute hypothèse faisant échec à la règle de l'article 1119 nous devrions trouver un intérêt du stipulant à l'exécution de la prestation au profit d'autrui.

Or, il n'en est rien !

Reprenons en effet nos deux exceptions :

P., qui a stipulé de S. le paiement d'une somme de 1,000 francs dans le cas où S. ne livrerait pas un cheval à T., n'a aucun intérêt pécuniaire à ce que S. livre le cheval.

Cependant, disent les auteurs, P. a un intérêt, par tant une action.

Mais nous demandons quel est cet intérêt ? Est-ce un intérêt à ce que T. reçoive le cheval ? Non ; peu importe au patrimoine de P.

Supposons que S. ne livre pas le cheval à T. et que P. réclame les 1,000 francs à S. et les obtienne ; à quel titre les conservera-t-il ? Ce ne peut être qu'à titre de dommages-intérêts ; or, où est donc le dommage éprouvé par P. ?

Dès lors, la stipulation au profit d'un tiers étant

nulle, il aurait fallu déclarer nulle aussi comme manquant de cause la clause pénale destinée à en assurer l'exécution.

Donc, si la loi était restée fidèle à son point de vue cette exception n'aurait pas dû être admise. Refusant à celui qui stipule au profit d'autrui un moyen de contrainte direct pour forcer le promettant à fournir à autrui l'avantage convenu, elle ne pouvait pas, sous peine d'inconséquence, lui permettre de se procurer indirectement ce moyen de contrainte par l'artifice d'une clause pénale. De deux choses l'une, en effet : ou l'on a voulu stipuler pour soi ou l'on a voulu stipuler pour autrui. Dans l'hypothèse prévue par le Code ce qu'on a voulu, en réalité, c'est évidemment procurer un avantage à autrui ; sinon on aurait simplement stipulé 1,000 francs pour soi.

Donc tous les motifs vrais ou faux sur lesquels repose l'article 1119 subsistent dans leur intégrité.

2^e Exception : La stipulation pour autrui est valable quand elle est la condition d'une donation qu'on fait à autrui.

Ici, dit-on, nous trouvons le germe d'une action ; c'est l'action en révocation pour inexécution des charges.

Reste à savoir si dans cette hypothèse là encore le motif de la prohibition ne subsistait pas dans son intégrité.

Où est, en effet, l'intérêt du stipulant à l'exécution de la charge ? Que la charge soit exécutée ou non il n'en est ni plus riche ni plus pauvre.

Quant à la possibilité de révocation elle s'explique fort bien en supposant la stipulation nulle, car la

charge n'étant pas exécutée la donation manque de cause.

Les exceptions de l'article 1121 sont donc mal justifiées : la nullité des stipulations pour autrui repose en effet sur l'absence d'intérêt du stipulant et nous venons de montrer que dans les exceptions de l'article 1121 cet intérêt n'apparaissait pas. Si ces exceptions ont été introduites dans notre législation c'est qu'on s'est préoccupé de restreindre le plus possible le champ d'application de l'article 1119.

Selon nous, du reste, rien ne s'oppose logiquement à ce que la stipulation pour autrui donne naissance à une action. Pour que la question se pose raisonnablement il faut en effet supposer deux choses : 1° que le stipulant est animé d'une intention libérale envers le tiers (si non, en effet, nous rentrons dans les hypothèses où il a un intérêt pécuniaire et où la stipulation est valable); 2° que le stipulant a déjà fourni ou s'engage implicitement à fournir en promettant l'équivalent de ce que celui-ci doit prêter au tiers (si non, en effet, le stipulant ferait au tiers une donation avec les deniers du promettant ce qui est une hypothèse contradictoire dans les termes). Pourquoi ne pas avoir validé d'une façon générale les stipulations pour autrui, ce qui aurait abouti, en somme, à accorder une action pour sanctionner l'intérêt moral que peut avoir le stipulant à ce que la prestation soit faite à un tiers ?

Le principe de la nullité des stipulations pour autrui ne saurait donc rationnellement se justifier. Quoi qu'il en soit, il existe dans notre droit positif et force est bien de le respecter.

Revenons maintenant au contrat d'assurance en

cas de décès au profit d'un tiers. Il n'est autre chose qu'une stipulation pour autrui puisqu'il va avoir pour objet de faire naître au profit du tiers une créance contre l'assureur. Est-ce à dire qu'il est nul ? Nous ne le pensons point ; nous pouvons appliquer ici l'article 1121 qui crée à la règle de l'article 1119 une double série d'exceptions.

Nous croyons que l'assurance contractée au profit d'un tiers est valable, mais nous rejetons l'argument sur lequel se fondent les auteurs qui partagent notre opinion.

Voici en effet comment s'exprime M. Herbault dans son *Traité des assurances sur la vie*, n° 109, p. 162 :
« Analysons cette clause ; elle renferme deux con-
« trats. D'abord un premier contrat entre le contrac-
« tant et la Compagnie d'assurance, contrat synallag-
« matique à titre onéreux et aléatoire. Le contractant
« s'engage à payer jusqu'à son décès une certaine
« prime à la compagnie qui lui promet de payer à la
« même époque une somme convenue au bénéficiaire
« désigné. En deuxième lieu, il y a un contrat à titre
« gratuit entre l'assuré et le tiers recueillant le béné-
« fice de l'assurance sans en avoir fourni l'équivalent.
« En un mot, nous avons une *stipulation faite par*
« *l'assuré pour lui-même et une libéralité faite à un*
« *tiers comme condition de la première stipulation.*
« Or que dit l'article 1121 ? qu'on peut stipuler au
« profit d'un tiers lorsque telle est la condition d'une
« stipulation que l'on fait pour soi. »

Il nous semble que cette argumentation ne saurait être admise.

L'article 1121 p^o nous dit en effet que la stipulation pour autrui devient valable lorsque à côté de la

stipulation pour autrui le stipulant a fait pour lui-même une autre stipulation.

Or c'est en vain que nous cherchons une stipulation faite par le stipulant pour lui-même. Nous nous trouvons en face d'un contrat unique, à savoir : la stipulation pour autrui moyennant une prime versée par le stipulant. Nous ne voyons pas le stipulant stipuler quelque chose à son profit conditionnellement. Cette décomposition du contrat en une stipulation pour soi suivie d'une libéralité nous semble donc contraire aux termes même du contrat. Elle nous semble, de plus, contraire à l'intention du stipulant qui, s'il avait voulu stipuler d'abord pour lui-même, l'aurait dit.

Du reste, avec les idées de M. Herbault toute stipulation pour autrui va se trouver validée, rien n'empêchera en effet de la décomposer en une stipulation pour soi-même suivie d'une libéralité faite à autrui, et cependant l'article 1119 déclare, qu'en principe, toute stipulation pour autrui est nulle. Cette considération suffirait seule à faire tomber la théorie de cet auteur.

Ce n'est pas tout encore ; l'argumentation d'Herbault dénature le caractère de l'opération qui nous occupe. Le point que nous discutons est celui de savoir si la créance du capital assuré peut naître directement sur la tête du tiers à son profit. C'est là ce qu'il nous faut démontrer. Ce n'est point ce que fait M. Herbault qui voit dans notre opération : 1° une stipulation au profit du stipulant ; 2° une libéralité faite au tiers. L'opération que M. Herbault envisage n'est point une assurance contractée au profit d'un tiers, c'est la cession que le stipulant ferait à un tiers du droit à

une assurance contractée à son profit ; or c'est là une opération qui est certainement valable, mais qui diffère entièrement, comme nous le verrons plus tard, du contrat qui nous occupe en ce moment. De sorte qu'en résumé M. Herbault, pour montrer que l'assurance au profit d'un tiers est une stipulation pour autrui valable, s'efforce de nous démontrer que ce n'en est en réalité pas une.

Comment donc allons-nous valider l'assurance au profit d'un tiers ?

Notre argumentation est des plus simples ; elle repose toute entière dans la généralisation de la seconde exception prévue par l'article 1121 ; la stipulation pour autrui est valable lorsqu'elle est la condition d'une donation qu'on fait à autrui ; eh bien, nous généralisons cette décision et nous disons que la solution doit être la même toutes les fois que la stipulation pour autrui est la condition d'une prestation que l'on fait au promettant.

La loi a déclaré la stipulation pour autrui valable lorsqu'elle est la condition d'une donation, parce que le donateur a une action, l'action ou révocation pour inexécution des charges ; eh bien, dans le contrat d'assurance le stipulant a lui aussi une action, il a une action en répétition des primes, une *condictio sine causâ* ; partant la stipulation est valable.

Cette argumentation (étant admis le système du Code que nous avons du reste critiqué) nous semble irréprochable ; elle a l'avantage de ne pas dénaturer le caractère de l'assurance au profit d'un tiers et de lui laisser son caractère de stipulation pour autrui, c'est-à-dire de stipulation faisant naître directement au profit du tiers le droit au capital assuré.

L'assurance contractée au profit d'un tiers est donc valable ; nous aurions pu du reste, pour soutenir sa validité, invoquer par voie d'analogie l'article 1973 du Code civil aux termes duquel la rente viagère peut être constituée « au profit d'un tiers quoique le prix « en soit fourni par une autre personne ».

De la validité de notre contrat, nous concluons que le droit au capital assuré est né directement sur la tête du tiers et qu'il n'a jamais fait partie du patrimoine du stipulant.

Seulement supposons que pour une raison ou pour une autre la stipulation manque son but, ex : le tiers n'accepte pas ; ou bien il est compris dans les personnes auxquelles le stipulant ne peut pas faire une libéralité à titre gratuit ; alors se pose la question de savoir ce que va devenir le capital assuré : Le droit à ce capital passera au stipulant ; cela résulte de l'intention présumée des parties, le stipulant est censé avoir contracté subsidiairement pour lui-même. Cela résulte aussi d'un texte, nous voulons parler de la faculté de révocation que la loi dans l'article 1121 accorde à celui qui stipule pour autrui : aux termes de cet article, celui qui a fait au profit d'un tiers une stipulation valable peut révoquer jusqu'à l'acceptation du tiers, l'offre de libéralité qu'il lui a ainsi faite ; si cette révocation se produit, les auteurs et la jurisprudence admettent que le stipulant va pouvoir exercer à son profit personnel le droit qu'il avait stipulé au profit du tiers ; or nous ne faisons qu'étendre cette solution à toutes les hypothèses où en fait la stipulation au profit du tiers ne pourra pas produire son effet.

Avant d'en finir avec la question qui nous occupe,

nous devons encore répondre à deux arguments invoqués par les partisans de la nullité de l'assurance au profit d'un tiers.

En validant cette assurance, nous dit M. Montluc, vous violez l'article 1130 C. viv., qui prohibe les pactes sur succession future.

La réponse est aisée : Le principe contenu dans l'article 1130 veut dire deux choses : 1° qu'il est défendu à un individu appelé éventuellement à une succession de faire avec des tiers des pactes relativement à cette succession, — 2° qu'il est défendu de faire avec des tiers des pactes sur sa propre succession. C'est évidemment à ce second point de vue que s'est placé M. Montluc, mais il l'a mal compris. La loi en effet nous a défendu de faire avec des tiers des pactes sur notre propre succession, parce qu'on ne peut disposer des biens qui composent une succession que par testament et que la liberté de tester est inaliénable. Si les pactes sur succession future avaient été permis ils n'auraient été en somme qu'une disposition testamentaire irrévocable. Or, le testament (895 C. civ.) est un acte essentiellement révocable ; c'est un acte qui n'a de valeur que par la volonté persévérante du testateur, et sa volonté ne pourra être manifestement persévérante que s'il a à chaque instant le droit de révoquer le legs.

Cette explication nous montre la portée de l'article 1130 ; ce que la loi prohibe c'est un testament qui serait irrévocable. Mais le bénéficiaire d'un contrat d'assurance en cas de décès n'est pas un légataire, c'est un donataire, il a en vertu du contrat un droit né et actuel dont l'exigibilité seule est retardée jusqu'au décès du stipulant.

Dans l'assurance contractée au profit d'un tiers il n'y a donc pas de pacte sur succession future, pas plus qu'il n'y a pacte sur succession future dans la donation entre vifs d'une somme d'argent payable au décès du donateur.

Du reste, comme le faisait remarquer M. Léveillé dans son rapport sur le concours du Doctorat ouvert en 1868 à la Faculté de droit de Paris, « si l'article « 1130 prouvait il prouverait trop ; l'assuré qui aurait « originairement souscrit une police au profit de ses « ayants droit ne pourrait pas plus tard la transporter « à un tiers, et cependant la cessibilité d'une police « créée sans désignation immédiate d'un bénéficiaire « est parfaitement admise par l'auteur même de cette « opinion. »

Nous aurions pu nous contenter de répondre à l'argument tiré de l'article 1130 en disant : pour qu'il y ait pacte sur succession future, il faut tout au moins qu'il y ait pacte sur un bien faisant partie du patrimoine du *de cujus* à son décès. Or en cas d'assurance contractée au profit d'un tiers la somme assurée ne se trouve pas au décès du *de cujus* dans son patrimoine : il y a plus, elle n'y a même jamais figuré, le droit au capital assuré étant né directement sur la tête du tiers.

Nous arrivons à la dernière objection qu'on fait à notre système ; on nous reproche de violer le principe de l'irrévocabilité des donations. Le plus souvent en effet, la prestation que devra effectuer le stipulant va consister en primes annuelles, or le stipulant peut cesser quand il le veut d'effectuer le paiement des primes ; il peut alors soit faire réduire le montant de l'assurance dans la proportion des primes

payés, soit obtenir le rachat de la police. En un mot, dit-on, le stipulant est maître de révoquer la libéralité qu'il a faite au tiers.

Il est bien vrai que dans les rapports de l'assureur et de l'assuré le paiement des primes est facultatif, mais il n'en est plus de même dans les rapports du tiers et de l'assuré lorsque le tiers a accepté. Lorsque le tiers a accepté, le contrat est parfait ; le bénéficiaire se trouve investi d'un droit en vertu duquel il peut contraindre le stipulant à payer régulièrement les primes. — Si nous supposons que le tiers n'a pas encore accepté il ne saurait y avoir aucune difficulté, car alors nous sommes en présence non pas d'une donation, mais d'une offre de donation, offre qui peut être révoquée tant que le tiers n'a pas accepté (1121 *in-f.*)

L'assurance en cas de décès contractée au profit d'un tiers est donc une opération pleinement valable par application de l'article 1121.

Notre opinion a reçu la sanction de nombreuses décisions judiciaires (C. de Lyon, 2 juin 1863, Sirey 1863, II, 202 — C. de Paris, 5 avril 1867. S. 1867, II, 249. — C. de cass. civ., 15 décembre 1873. S. 1874, I, 199.)

Mais la Jurisprudence nous montre par ses arrêts qu'elle analyse l'opération comme le faisait M. Herbault ; elle voit dans l'assurance au profit d'un tiers une assurance contractée par le stipulant au profit de sa succession et suivie immédiatement de la cession du droit au capital assuré.

Nous avons précédemment critiqué cette manière de voir ; nous avons essayé d'établir que la stipulation pour autrui et la cession à autrui d'un droit dont on est titulaire étaient deux opérations distinctes qui ne

devaient pas être confondues. Nous croyons avoir démontré ce point, nous n'y reviendrons pas ici.

La Jurisprudence a si bien vu le vice de sa théorie qu'elle a mis au jour le singulier système de la rétroactivité de l'acceptation du tiers que j'aurai bientôt à combattre. En vertu de ce système, l'acceptation du tiers rétroagit au jour du contrat, c'est-à-dire que le tiers acquerra rétroactivement le droit au capital assuré, il sera censé avoir accepté au moment même où l'offre lui était faite.

Mais ce n'est là qu'un palliatif qui ne détruit pas la théorie de la Jurisprudence; la créance du capital assuré aura résidé moins longtemps sur la tête du stipulant, elle n'y aura résidé qu'un instant de raison, mais enfin elle y aura résidé; or c'est précisément ce résultat que nous nions : nous prétendons que jamais la créance du capital n'a fait partie du patrimoine du *de cujus*.

Pour nous la créance naît au profit du tiers, mais à quel moment naît-elle ? Au moment où il accepte, car jusque-là le concours de consentement fait défaut, l'opération est pour lui *res inter alios acta*. Ce n'est qu'à dater de son acceptation que le tiers devient créancier de l'assureur. Jusqu'à cette acceptation le droit au capital n'existe au profit de personne ; le créancier est en effet alternatif ; ce sera le stipulant s'il révoque dans le temps voulu l'offre de libéralité qu'il a faite au tiers ; ce sera le tiers s'il accepte avant toute révocation ; pour que le tiers devienne titulaire du droit, il faut bien qu'il manifeste son consentement.

Mais, nous dira-t-on, votre système est illogique ? Vous admettez que le promettant est obligé à dater du contrat, mais à une obligation doit correspondre une

créance; or envers qui le promettant est-il obligé ? Si c'est envers le tiers, c'est que son acceptation rétroagit ; si c'est envers le stipulant, la somme promise aura d'abord fait partie du patrimoine de ce dernier.

Nous répondons que la stipulation pour autrui est une opération *sui generis*. Elle ne se confond ni avec la cession d'un droit à autrui ni avec l'acquisition d'un droit pour autrui par voie de gestion d'affaires. Est-il donc étrange qu'un acte juridique d'une nature particulière produise des effets qui lui soient propres ? — Du reste, si l'on tient absolument à trouver une créance correspondant à l'obligation qui a pesé *ab initio* sur le promettant, nous pourrions en trouver une même dans notre système ; en effet, puisque la stipulation qui nous occupe est valable, elle donne immédiatement naissance à une action au profit du stipulant pour contraindre le promettant à payer au tiers. Mais le tiers n'est pas encore créancier, il ne le devient que par son acceptation.

Lorsqu'un contrat d'assurance intervient ainsi au profit d'un tiers, le stipulant n'est en somme qu'un donateur. Dans quelle mesure les règles des donations vont-elles lui être applicables ? Nous devons distinguer entre les règles de fond et les règles de forme.

Quant aux règles de fond, elles sont applicables.

Il en résulte les conséquences suivantes :

Notre contrat sera soumis aux articles 901 à 912, C. civ. relatifs à la capacité de disposer et de recevoir à titre gratuit. La donation ainsi faite sera révocable conformément au droit commun d'après les articles 953 et suivants. Si elle intervient au profit d'un conjoint elle sera révocable conformément à l'art. 1096, aux termes duquel les donations entre époux pendant le

mariage sont toujours révocables. Elle sera rapportable et réductible dans les termes du droit commun.

Ces questions de rapport, de réduction et de révocation sont la source de grosses difficultés. Nous les retrouverons dans la suite de ce travail.

Passons aux règles de forme; elles ne sont nullement requises.

C'est ainsi que la police n'aura pas besoin d'être notariée (931 C. civ.). C'est ainsi encore que l'acceptation du tiers n'aura pas besoin de se produire dans les conditions de l'article 932. L'acceptation, dans ce cas, pourra même n'être que tacite; elle pourra résulter notamment de la remise de la police au bénéficiaire, ou de ce que le bénéficiaire vient lui-même payer les primes.

Nous ne faisons du reste qu'appliquer par analogie les dispositions de l'article 1973 et nous conformer aux idées universellement admises sur l'article 1121; on décide en effet, sous l'article 1121, que les libéralités contenues dans une stipulation faite au profit d'autrui sont affranchies des règles de forme des donations.

Nous avons dit que l'acceptation du bénéficiaire n'avait pas besoin d'être solennelle et qu'elle pouvait même n'être que tacite. Mais encore faut-il qu'il ait accepté pour convertir en un droit l'offre qui lui est faite. Et même il fera bien de se hâter, car le stipulant jouit de la faculté de révocation (1121 *in f.*), ce qui lui permet de se substituer au bénéficiaire et de procurer à sa succession le droit au capital assuré.

L'acceptation du bénéficiaire est donc fort utile, mais jusqu'à quand peut-elle intervenir?

Nous arrivons à cette théorie bizarre de la Jurispru-

dence aux termes de laquelle l'acceptation peut valablement intervenir même après le décès du stipulant ; c'est une conséquence du caractère rétroactif qu'elle attache à l'acceptation.

Cette théorie du reste n'est pas spéciale à l'hypothèse de l'assurance, elle n'est que l'application d'une théorie générale admise par la Jurisprudence sous l'article 1121, et aux termes de laquelle l'acceptation par un tiers d'une stipulation faite à son profit a un effet rétroactif.

La thèse de la rétroactivité de l'acceptation dans le cas spécial qui nous occupe est nettement formulée dans un arrêt de la Cour d'appel de Caen du 14 mars 1876. (*Gazette des clerks de notaires*, 1876, n° 228, p. 441.)

« Attendu en droit, dit la Cour, qu'aux termes de « l'article 1121 du Code civil on peut stipuler au « profit d'un tiers ; que si ce dernier accepte la stipulation faite à son profit, il est présumé, suivant l'article 1179 du même Code, avoir été créancier *ab initio* du bénéfice de la stipulation. »

Quant à la possibilité d'une acceptation postérieure au décès du stipulant (ce qui n'est là, du reste, qu'une application de l'idée de la rétroactivité de l'acceptation) elle a été affirmée par des arrêts nombreux : Cass., 22 juin 1859, S. 1861, I, 151 ; C. Lyon, 2 juin 1863, S. 1863 II, 202 ; C. Paris, 5 avril 1867.

Nous ne saurions admettre cette opinion. En effet, l'assurance contractée au profit d'autrui n'est qu'une libéralité ou plutôt qu'une offre de libéralité. C'est une simple pollicitation. Pour que la pollicitation se transforme en contrat que faut-il ? Il faut que nous ayons un concours de consentement, c'est-à-dire que

la volonté du tiers vienne se joindre à celle du stipulant. Pour que le contrat se forme il faut que ce concours de consentement existe, et le contrat ne se forme qu'à ce moment, car ce n'est qu'alors que nous trouvons les éléments nécessaires pour donner naissance à un lien de droit. Que si le stipulant est mort avant l'acceptation du tiers, la conversion de la pollicitation en un contrat est devenue désormais impossible; en effet, le concours de consentement ne pourra plus se produire car le consentement du stipulant disparaît avec sa personne; quant à nos héritiers, ils sont grevés non point des offres que nous avons faites, mais des obligations que nous avons contractées.

La Jurisprudence invoque l'article 1179 et la rétroactivité de la condition accomplie. Mais c'est confondre l'un des éléments essentiels du contrat nécessaire pour son existence avec les événements accidentels auxquels on peut subordonner la formation d'un acte juridique. Sans doute la condition rétroagit quand il s'agit d'un événement futur et incertain qui tient en suspens la naissance même du contrat, mais le consentement du bénéficiaire n'est pas une condition dans le sens des articles 1168 et s. C'est un des éléments requis pour qu'un contrat se forme.

Les auteurs partisans de l'opinion de la jurisprudence invoquent l'autorité de nos anciens auteurs et citent notamment Pothier au n° 73 de son *Traité des obligations*. Cet argument nous semble sans valeur; nous comprenons en effet qu'on invoque l'ancien droit lorsqu'il s'agit de trancher sous notre Code une question controversée et que les diverses opinions émises se concilient avec les principes généraux du

droit. Mais ici le système de la Jurisprudence viole les principes les plus élémentaires de notre droit actuel puisqu'il confond un consentement avec une condition. Nous croyons donc qu'il ne saurait trouver un appui dans nos anciens auteurs.

En résumé, d'après nous l'acceptation du bénéficiaire n'a pas d'effet rétroactif, et l'offre contenue dans la stipulation au profit d'autrui est de plein droit révoquée par le décès du stipulant.

Voir en ce sens : Laurent, *Principes de droit civil*, t. XV, p. 651, n° 571. — Colmet de S., t. V, p. 44, n° 33 *bis*, VIII. — Herbault, p. 220, n° 246 *bis*.

Si c'est le tiers qui est mort avant d'avoir accepté, nous ne croyons pas que ses héritiers puissent accepter à sa place ; en effet les libéralités ont un caractère essentiellement personnel ; lorsqu'une libéralité est offerte à une personne, elle s'adresse à elle, non à ses héritiers. Ce serait violer l'intention du donateur que de permettre à ses héritiers de venir l'accepter à sa place.

Lorsqu'une assurance a été contractée au profit d'un tiers, les créanciers de l'assuré décédé auront-ils le droit de saisir arrêter dans les mains de l'assureur les sommes que celui-ci doit payer au bénéficiaire ?

On l'a prétendu ; « *nemo liberalis nisi liberatus* » a-t-on dit.

Ce vieux brocard est très vrai, mais que veut-il dire ? Il veut dire que les créanciers d'un individu doivent être payés avant ses légataires sur les biens composant la succession. — Mais ici nous sommes dans une situation toute autre ; le bénéficiaire n'est pas un légataire, il a acquis par l'acceptation un droit irrévocable ; quant au capital assuré, il ne fait pas partie de la suc-

cession, nous avons même démontré qu'il n'y a jamais figuré!

Les créanciers de l'assuré sont donc sans droit, à moins bien entendu qu'ils ne puissent invoquer l'art. 1167 en prouvant la fraude de leur débiteur.

Nous supposons, en donnant ces solutions, que le bénéficiaire a accepté avant le décès de l'assuré; d'après nous, en effet, l'offre disparaît avec le décès du stipulant et ne peut être acceptée après cette époque. Le droit au capital assuré fait alors partie de la succession du *de cujus* et ses créanciers peuvent en partager le montant.

M. Labbé dans une note insérée sous l'arrêt de Cassation du 7 février 1877, Sirey 1877, I. 393, a soutenu l'opinion que nous avons nous-même défendue. Puis se plaçant dans la théorie de la Jurisprudence cet auteur a montré que lors même que l'on admet la possibilité d'une acceptation de l'offre postérieure au décès du stipulant, on est amené au point de vue de la situation des créanciers aux mêmes résultats que ceux auxquels nous sommes arrivés nous-mêmes en soutenant que cette acceptation ne pouvait plus alors se produire. M. Labbé s'exprime ainsi : « On se retran-
« che derrière l'art. 1121 du Code civil. Cet article
« permet la stipulation pour autrui et n'établit pas
« pour cette sorte de libéralité la nécessité d'une
« acceptation antérieure au décès du stipulant. Cet
« article formel a pu déroger aux principes ordinaires
« des donations. — Soit, nous sommes disposés à
« faire sortir de l'art. 1121 toute facilité possible
« pour la disposition de ses biens sous forme de stipu-
« lation pour autrui : mais il faut respecter les notions
« essentielles du droit. Le législateur est tout puis-

« sant sur la forme et non sur le fond des choses. Sans
« consentement il n'y a pas de donation, mais au
« moyen de volontés qui se succèdent, peut se réali-
« ser un legs ou un fidéicommis. Admettons que
« d'après le silence de l'art. 1121 l'adhésion du tiers
« puisse précéder ou suivre la mort du stipulant ; il
« faut admettre conséquemment que la stipulation pour
« autrui renferme l'offre d'une donation entre vifs
« susceptible de se convertir en une disposition de
« dernière volonté selon que l'acceptation interviendra
« avant ou après la mort du stipulant. Cela est nou-
« veau, étrange peut-être, mais non absurde ; l'idée
« du fidéicommis était d'ailleurs usitée par nos an-
« ciens auteurs pour déterminer les effets de la stipu-
« lation pour autrui. (V. Merlin *Questions de droit*,
« V^o, Stipul. pour autrui, § I.)

« Acceptons ce point de vue, sans doute la validité
« de la clause et de l'acceptation tardive en résulte,
« mais non la rétroactivité au jour du contrat. L'ac-
« ceptation d'un legs ou d'un fidéicommis rétroagit au
« plus au jour du décès du disposant, lequel est mort
« en pleine possession et propriété de la valeur par
« lui transmise. »

Nous avons validé l'assurance contractée au profit d'un tiers et nous avons dit que le bénéficiaire n'était autre chose qu'un donataire investi d'un droit de créance contre l'assureur à dater de son acceptation. Mais nous avons supposé que le bénéficiaire était un individu spécialement désigné, déterminé d'une façon certaine. Arrivons maintenant à l'hypothèse où le bénéficiaire est désigné d'une façon vague, indécise, plaçons-nous par exemple dans l'hypothèse d'une assurance contractée par une personne au profit de ses héritiers ou de ses ayants droit.

La question qui se pose est la suivante : Ces héritiers, ces ayants droit ont-ils droit au capital *jure proprio* ou *jure hereditario* ; en d'autres termes puisent-ils leur droit dans le contrat d'assurance, de telle sorte que le capital stipulé ne fait pas partie de la succession, ou bien au contraire n'ont-ils de droit sur le capital qu'en qualité d'héritiers, le capital faisant alors partie de la succession du *de cujus* ? Est-on en présence d'une assurance que le souscripteur contracte à son compte propre, payable à son décès, ou d'une assurance au profit d'autrui basée sur l'article 1121 ?

Cette question présente des intérêts divers.

Si l'on décide que les héritiers ont droit au capital *iure proprio*, il en découle les conséquences suivantes :

1° Les créanciers de la succession n'ont aucun droit au capital (à moins que les bénéficiaires n'acceptent la succession purement et simplement). Ils ne peuvent le saisir arrêter entre les mains de l'assureur ; ils ne peuvent le comprendre dans une demande en séparation des patrimoines.

2° Les héritiers même renonçant recueillent le capital assuré.

3° Les bénéficiaires n'auront pas à acquitter le droit de mutation par décès.

4° L'époux commun n'a aucun droit au capital assuré.

Décide-t-on au contraire que les héritiers ne recueillent le capital assuré que *jure hereditario*, on aboutit à des conséquences inverses des précédentes :

1° Le capital assuré est aux termes de l'article 2093 le gage commun des créanciers du *de cujus*.

2° Les héritiers n'ont aucun droit au capital assuré s'ils renoncent à la succession.

3° Le fisc pourra exiger un droit de mutation par décès.

4° Si le défunt était marié sous le régime de la communauté le capital assuré tombe dans la communauté s'il représente un acquêt de communauté ou s'il y a communauté légale.

Avant d'entrer dans l'examen de cette question et de donner notre solution, nous devons écarter une hypothèse simple et dans laquelle aucune difficulté ne saurait s'élever. Cette hypothèse est la suivante :

Il peut se faire qu'une assurance soit faite au profit d'un successible, d'un héritier, spécialement désigné par le contrat; c'est par exemple un père qui, ayant trois fils, veut assurer l'un d'eux, son fils Paul par exemple. Ici aucune difficulté ne se présente. Du moment que l'héritier gratifié a été l'objet d'une détermination précise il est absolument dans la même situation que tout tiers bénéficiaire; il prend son droit au capital non point dans sa vocation héréditaire, mais dans le contrat lui-même; il recueille *jure proprio* le montant de l'assurance. Le capital échappe à l'action des créanciers du défunt. Toutefois, comme le fait remarquer M. Herbault, ce résultat n'est exact que si l'héritier renonce à la succession. ou bien s'il accepte sous bénéfice d'inventaire, ou encore, d'après une opinion, s'il y a séparation des patrimoines; d'après quelques auteurs en effet, les créanciers qui ont obtenu le bénéfice de la séparation des patrimoines ne peuvent jamais, même après l'acquittement des dettes personnelles de l'héritier se faire payer de leurs créances sur ses biens propres. Mais il n'en est plus de même si l'héritier accepte purement et simplement; les créanciers de la succession devenus ses propres créanciers

par le fait de l'acceptation pure et simple pourront, d'après l'article 1166 du Code civil, se faire payer sur le capital promis par l'assureur.

Arrivons maintenant au point seul discutable : L'assurance est contractée non point au profit de tel héritier déterminé, mais elle est faite en termes vagues au profit des héritiers, des ayants droit du stipulant.

Ces héritiers, ces ayants droit ainsi désignés ont-ils droit au capital *jure proprio* ?

Pendant de longues années cette question n'a pas fait doute en Jurisprudence et les Cours d'appel étaient unanimes à déclarer que les héritiers étaient investis d'un droit propre par le contrat lui-même. — Cour de Lyon, 2 juin 1863, S. 63, II. 202. — Cour de Colmar, 27 février 1865, S. 65, II, 337. — Cour de Paris, 7 avril 1867, S. 67, II, 249. — Cour de Besançon, 15 décembre 1869, D. 70, II, 95. — Cour de Besançon, 23 juillet 1872.

Cette Jurisprudence s'appuyait sur l'intention probable du stipulant. Cette intention, disait-elle, ne saurait faire de doute. Quel est en effet le but de celui qui contracte une assurance au profit de ses héritiers ? Ce ne peut être d'enrichir sa succession ; c'est de créer à ses héritiers des ressources indépendantes de la succession qui seront soustraites à l'action des créanciers. Du reste, ajoutait-elle, « les contrats d'assurance sur « la vie rentrent dans le cas de l'article 1121 et « offrent le caractère d'une stipulation licite pour « autrui. » (C. de Lyon, 2 juin 63.)

Ces arguments n'étaient pas sérieux. On invoque l'intention des parties, mais cette intention n'est point certaine ! Oh, nous comprendrions qu'on argumentât de cette intention si l'assurance avait été contractée

au profit d'une certaine catégorie d'héritiers, au profit par exemple des enfants, nous comprendrions alors qu'on vît dans l'assurance une mesure prise dans l'intérêt des héritiers. Mais ici il n'en est pas de même, nous avons supposé une stipulation faite au profit des héritiers ou ayants droit ; or, peut-on soutenir que le stipulant a voulu avantager les bénéficiaires comme donataires et non comme héritiers alors qu'il a stipulé dans des termes généraux pour des personnes désignées en bloc, alors qu'il ne connaît peut-être même pas celles qui en fait recueilleront son hérédité. N'est-il pas plus naturel de supposer que le stipulant a simplement voulu contracter une assurance au profit de sa succession ? Le système que je combats présume une donation ; les expressions employées par l'assuré ne permettent pas d'affirmer qu'il ait eu la volonté de faire une donation ; or les donations ne se présument pas.

L'assurance en cas de décès, dit la Jurisprudence, offre le caractère d'une stipulation licite pour autrui ; cela est très vrai et nous l'avons admis nous-même, mais il faut pour qu'il en soit ainsi que le tiers soit nettement désigné de façon à bien montrer que la volonté du testateur a été de gratifier le bénéficiaire comme donataire.

Supposons du reste que l'intention du testateur soit certaine, qu'il ait voulu conférer un avantage au bénéficiaire indépendamment de ses droits successoraux, nous n'hésitons pas à donner encore la même solution. Nous y sommes conduits par la nécessité de plier le contrat d'assurance aux principes généraux de notre droit civil.

Soit d'abord une assurance contractée par un père

au profit de ses enfants nés et à naître. Ici la volonté du père est certaine ; en stipulant au profit de ses enfants nés et à naître, il les sépare de ses autres héritiers, il veut leur faire une situation à part et leur attribuer le droit au capital *jure proprio*. Nous croyons cependant que sa volonté est impuissante à produire ce résultat ; nous croyons que ces enfants ne pourront réclamer que *jure hereditario* la somme assurée :

Cela est d'abord certain si postérieurement à la passation du contrat d'assurance il est né au stipulant des enfants qui n'étaient pas encore conçus à cette époque. Le stipulant, en effet, a voulu conférer à tous ses enfants une vocation identique, puisqu'il a stipulé pour eux tous dans les mêmes termes ; or il ne peut pas leur attribuer à tous la qualité de donataires puisqu'aux termes de l'article 906, du C. civ. pour être capable de recevoir entre vifs, il faut être conçu au moment de la donation, et comme d'autre part il les a compris sous une même formule, nous décidons qu'ils ne pourront réclamer la somme assurée que *jure hereditario*.

Que s'il ne naît aucun enfant après la rédaction du contrat, nous donnons encore la même solution. La nature d'un acte, en effet, ne saurait dépendre d'événements qui se produiront après sa conclusion ; peu nous importe donc qu'il naisse ou non de nouveaux enfants au stipulant. C'est au moment où le contrat a été rédigé qu'il faut nous placer, eh bien la formule employée par le stipulant embrassant tous ses enfants présents et futurs, les enfants ne pourront se faire payer qu'en qualité d'héritiers.

Supposons enfin que l'assurance a été contractée par un individu au profit de ses enfants : La question

nous semble ici devoir être résolue d'après les circonstances. Le père a-t-il voulu assurer ses enfants nés et à naître, a-t-il simplement voulu assurer ses enfants existant au jour du contrat ? Toute la question est là ; les juges du fait apprécieront.

Nous croyons donc que les héritiers, bénéficiaires d'un contrat d'assurance ne pourront prétendre avoir droit *jure proprio* à la somme assurée qu'à une double condition :

Il faudra d'abord que l'intention du stipulant soit certaine. — Il faudra de plus que le bénéficiaire soit au moins conçu au jour du contrat.

Il faudra de plus, d'après nous, que le bénéficiaire accepte avant le décès du stipulant.

Le système que nous venons de défendre est celui qui est admis aujourd'hui par la Jurisprudence. Elle est unanime en ce sens, la Cour de cassation ayant triomphé des résistances que les Cours d'appel ont pendant plusieurs années opposées à sa théorie :

Les deux premiers arrêts de la Cour de cassation sont du 7 février 1872 et du 15 décembre 1873. Ces deux arrêts étaient sans doute mal choisis, pour contenir une doctrine nouvelle, les espèces qui y ont donné lieu étaient de telle nature que la Cour suprême aurait pu décider que les bénéficiaires y désignés recueilleraient le capital assuré *jure hereditario* sans pour cela détruire la Jurisprudence antérieure des Cours d'appel. — Mais elle ne l'a pas voulu ainsi, et dans ses considérants elle édifie une théorie toute nouvelle qu'elle a su faire respecter depuis.

Les Cours d'appel ont tenté quelque temps la résistance. C. de Dijon, 4 août 1875. — C. de Rouen, 27 juillet 1875. — C. de Caen, 14 mars 1876.

Elles ont toutes échoué devant la Cour de cassation. — Req., 26 juillet 1876. — Req., 20 décembre 1876. C. civ., 7 février 1877, — et se sont rangées depuis à l'opinion de la Cour suprême. — Lyon, 9 avril 1878. — Amiens 19 décembre 1877, statuant sur le renvoi ordonné par l'arrêt de cassation du 7 février 1877. — Rennes, 23 juin 1879.

Nous devons pour en finir avec le sujet qui nous occupe examiner encore une double question que nous pourrions presque passer sous silence si la Cour de cassation ne l'avait récemment résolue dans un sens que nous ne saurions approuver.

Pour faire saisir cette double question, le plus simple est, croyons-nous, de résumer rapidement l'espèce à propos de laquelle elle a été résolue par la Jurisprudence.

Un individu avait conclu successivement trois contrats d'assurance sur la vie. Par le premier il avait assuré une somme de 15,000 francs payable à son décès à ses héritiers ou à son ordre. Par le deuxième il avait assuré une somme de 5,000 francs payable à son décès à ses héritiers directs ou à son ordre. Enfin le troisième contrat d'assurance était mixte ; c'est-à-dire qu'il contenait à la fois une assurance en cas de vie et une assurance en cas de décès : l'assuré avait stipulé le 31 décembre 1873 qu'une somme de 1,000 francs lui serait payée le 20 novembre 1893 si à cette date il vivait encore, et qu'elle serait payée à sa femme ou à ses enfants s'il venait à mourir avant cette époque. — Or l'assuré était mort le 4 octobre 1874.

Les bénéficiaires étaient donc les enfants pour les deux premières assurances et la femme pour la troisième.

Les créanciers du *de cujus* formèrent une saisie-arrêt entre les mains des assureurs, mais la femme agissant tant en son nom personnel que comme tutrice de ses enfants forma opposition à ces saisies-arrêts. Elle prétendit que le bénéfice des deux premiers contrats était acquis directement à ses enfants et que le bénéfice du troisième était acquis à elle-même.

Cette prétention de la femme n'était fondée qu'en partie ; elle était fondée en ce qui la concernait elle-même, mais elle n'était pas fondée en ce qui concernait ses enfants que la police avait désignés sous la dénomination flottante d'héritiers ou d'héritiers directs.

Cependant le Tribunal puis la Cour de Dijon, par arrêt du 4 août 1875 (D. 1880, I, 170), adjugèrent à la femme toutes ses conclusions. Statuant d'abord sur les deux premières polices ils reconnurent que les enfants avaient droit au capital assuré *jure proprio*. — C'est là un vestige de l'ancienne Jurisprudence des Cours d'appel sur les effets des assurances contractées au profit d'héritiers, Jurisprudence que la Cour suprême n'a pu détruire qu'après avoir à plusieurs reprises affirmé sa théorie nouvelle. — Statuant ensuite sur la troisième police ils permirent à la femme d'écarter les créanciers de son mari.

L'affaire fut portée devant la Cour de cassation qui reconnut dans les trois cas les droits des créanciers (Cass. 10 févr. 1880. D. 80. I, 169).

Quels sont les motifs invoqués par la Cour ? Elle ne se préoccupe nullement du point de savoir s'il y a eu ou non désignation suffisante du bénéficiaire ; elle est frappée seulement de la faculté que le stipulant se réserve par la police de disposer du capital assuré. C'est sur la clause à ordre que la Cour appuie

sa solution confondant ainsi (nous ne comprenons pas pourquoi) le troisième contrat avec les deux premiers ; elle considère que la clause à ordre neutralise l'effet de la stipulation pour autrui : « Les bénéficiaires « désignés, dit-elle, alors même qu' ils pourraient être « considérés comme des personnes déterminées, n'ont « rien acquis du vivant du stipulant ».

Jamais encore aucune Cour ne s'était prononcée sur les effets particuliers pouvant résulter de la clause à ordre ; c'est qu'en effet la stipulation avait toujours eu lieu au profit des héritiers, des enfants et qu'on s'était contenté de reconnaître les droits des créanciers en s'appuyant sur l'indétermination des bénéficiaires. Req. 20 décembre 1876, D. 77, I. 540. — Dijon 3 avril 1874, D. 1878, II, 18. Il y a bien un arrêt de la Cour de Poitiers au 17 août 1875 confirmé par la Cour de cassation, le 12 février 1877 (D. 1877, I. 342) d'où il résulte que l'assurance contractée par une femme mariée sous le régime de la Communauté d'acquêts au profit de son mari ou à son ordre fait partie de l'actif de la communauté. Mais l'effet de la clause à ordre n'est nullement mis en question dans cette espèce ; cette décision s'explique : il n'avait pas paru en fait que l'intention de la femme eût été de gratifier son mari.

Nous pouvons donc dire que l'idée émise par la Cour de cassation le 10 février 1880 est nouvelle : c'est là une idée bien grave qui, si elle devait prévaloir empêcherait qu'une assurance en cas de décès contractée au profit d'un tiers produisît son effet suivant l'article 1121, quand une clause à ordre serait insérée dans la police.

La solution émise par la Cour sur les effets de l'as-

surance mixte est neuve également la Jurisprudence n'ayant eu jusqu'ici à statuer que sur des assurances mixtes faites au profit de personnes indéterminées, et l'indétermination du bénéficiaire permettant alors de favoriser les créanciers (Cass. 7 février 1877, S. 1877, I, 393. — Req. 27 janvier 1879, D. 1879, I. 230; 2 mars 1881, D, 81, I. 401.)

Cette Jurisprudence nouvelle nous semble de tous points critiquable.

Et d'abord en ce qui concerne les deux premiers contrats nous conservons la solution de la Cour suprême mais par un motif tout différent. Nous croyons qu'aucun droit personnel n'est né du vivant de l'assuré au profit des bénéficiaires, mais cela tient uniquement d'après nous à l'insuffisance de désignation du bénéficiaire. Qu'on ne dise pas en effet que par la clause à ordre on se réserve de disposer au profit d'un tiers de la libéralité que l'on fait au bénéficiaire, et que reconnaître au tiers un droit personnel au capital assuré c'est violer la règle : « Donner et retenir ne vaut. » Non ; ce serait se méprendre sur le sens de la clause à ordre. Voici ce que cette clause veut dire : Toute libéralité est faite sous la condition que le donataire acceptera ; cette condition est sous-entendue dans la stipulation pour autrui ; jusqu'à l'acceptation le stipulant peut donc disposer de l'assurance au profit d'un tiers ; la clause à ordre ne fait que lui reconnaître ce droit de disposition en lui permettant de céder le droit au capital par simple endossement sans avoir recours aux formalités prescrites par l'article 1690 du Code civil pour la cession des créances.

En ce qui concerne l'assurance mixte nous croyons la solution de la Cour de cassation erronée ; la femme

devait d'après nous pouvoir écarter sur la somme assurée les prétentions des créanciers de son mari. L'assurance mixte n'est autre chose en effet qu'une double assurance conditionnelle; l'assurance mixte comprend une assurance en cas de vie, et une assurance en cas de décès conditionnelles; si le stipulant vit encore à l'époque indiquée dans le contrat nous sommes en face d'une assurance en cas de vie; s'il décède avant la date fixée dans le contrat, la condition qui tenait en suspens la formation du contrat d'assurance en cas de décès se réalise, le contrat d'assurance en cas de décès naît rétroactivement; de sorte que l'assurance mixte devient suivant les circonstances une assurance en cas de vie ou une assurance en cas de décès et doit produire par suite les effets de chacune d'elles.

La Cour de Besançon appelée à statuer sur la double question qui nous occupe par renvoi de la Cour de cassation du 10 février 1880 a jugé conformément à la double opinion que nous venons de défendre. — (D. 1883. II. 129.)

SECTION II.

DE LA CESSION DU DROIT AU CAPITAL D'UNE ASSURANCE.

La créance du capital d'une assurance en cas de décès peut faire l'objet d'une cession. Cela peut se présenter dans les deux cas suivants :

1° *Primus* stipule d'une Compagnie d'assurances le paiement d'une somme de tant payable à son décès, à sa succession ou à ses héritiers, puis il cède à un tiers le droit au capital;

2° *Primus* stipule une somme de tant payable à son décès à une personne déterminée, puis il cède à un tiers le droit à cette somme avant que le bénéficiaire ait déclaré accepter.

Nous sommes ici en face d'une cession de l'assurance, en face d'un acte qui fait sortir le droit au capital du patrimoine de l'assuré pour le faire entrer dans le patrimoine du cessionnaire.

Nous avons montré qu'au contraire l'assurance au profit d'autrui contractée dans les termes de l'art. 1121 du Code civil faisait naître directement la créance du capital sur la tête du tiers et que cette créance n'avait jamais figuré dans le patrimoine du stipulant. (Nous rappelons que nous nous sommes séparés sur ce point de l'opinion émise par les auteurs et par la Jurisprudence).

Il résulte de là qu'il existe des différences nombreuses entre l'assurance contractée au profit d'autrui et la cession à autrui d'une assurance. Nous aurons à en signaler plusieurs dans le cours de notre travail.

Cette cession de l'assurance pourra d'abord s'opérer d'après les règles du droit civil; le cessionnaire n'étant saisi à l'égard des tiers que par la signification du transport faite au débiteur (1690, C. civil).

Ne pourra-t-elle pas en outre se réaliser par simple endossement si la police contient une clause à ordre ? Voici ce que cela veut dire :

Au commerce où l'on a besoin d'agir avec célérité, où les titres sont l'objet de cessions multiples et rapides, les formalités de l'art. 1690 constitueraient une véritable entrave; de là l'usage de la clause à ordre; les titres commerciaux portent : Payez à moi ou à mon ordre; par cette clause le débiteur de l'effet

s'oblige à en payer le montant à celui qui en sera porteur à l'échéance en vertu d'un endossement régulier. L'endossement consiste dans la mention suivante écrite au dos du billet : Payez à l'ordre de M. un tel. — Cette simple formalité remplace les conditions nécessaires pour qu'une cession de créance soit opposable aux tiers, c'est-à-dire la signification au débiteur cédé ou son acceptation dans un acte authentique.

Souvent les polices d'assurance contiennent la clause à ordre ; cette clause est-elle valable, ou en d'autres termes le simple endossement va-t-il remplacer les formalités de l'art. 1690 ?

Ce n'est là qu'une des faces de la question plus générale de savoir si l'art. 1690 est d'ordre public au civil ou si la clause à ordre peut y être valablement insérée.

On a soutenu que la clause à ordre ne pouvait être valablement insérée que dans les titres commerciaux (C. de Caen, 14 juin 1876 D. 1878. II. 133) Laurent, *Principes de droit civil*, XXIV n° 498. — Vavasseur dans son ouvrage sur les Sociétés va même plus loin ; il soutient que la clause à ordre même en matière commerciale ne peut être insérée que dans les cas où la loi l'autorise expressément, c'est-à-dire dans la lettre de change (110 et 136 C. co), dans le billet à ordre (187 C. co), dans le connaissance (281 C. co), dans le billet de grosse (313 C. co), dans le chèque (L. 14 juin 1865, art. 1), dans le récépissé et les warrants de magasins généraux (L. 28, mai 1856, art. 3). On est d'accord pour y ajouter par analogie les lettres de voiture et les factures acceptées.

Nous adoptons l'opinion contraire ; elle résulte pour nous des considérations suivantes que nous em-

pruntons à M. Beudant dans une note insérée dans Dalloz sous l'arrêt de cassation du 8 mai 1878, D. 78, I. 241.

Dans notre ancienne Jurisprudence la cession de créance était parfaite *inter partes, solo consensu* dès qu'on était convenu de la chose et du prix. Mais à l'égard des tiers il fallait quelque chose de plus, il fallait la signification de la cession faite au débiteur cédé. Cette signification équivalait à la tradition dans les translations de propriété de choses corporelles. Ce n'est qu'assez tard que l'acceptation du débiteur apparaît comme pouvant remplacer la signification au débiteur cédé. Pothier est le premier auteur qui en parle.

C'est dans ces circonstances que la clause à ordre fit au XVII^e siècle son apparition dans les effets de commerce ; en vertu de cette clause, la propriété des effets de commerce allait pouvoir être transférée par simple endossement sans qu'il fût besoin de faire au débiteur une signification ou d'obtenir son acceptation. L'innovation présentait des avantages pratiques considérables ; elle fut consacrée par l'ordonnance de 1673, articles 23 et 24. Notre Code de commerce l'a maintenue par des dispositions que nous avons précédemment énumérées.

Mais aujourd'hui l'usage de la clause à ordre pénètre dans la vie civile, et rien selon nous ne doit s'y opposer. Nous croyons que toutes les fois qu'une clause à ordre est insérée dans un titre quelconque, il en résulte que ce titre peut être cédé par endossement. Nous croyons en d'autres termes qu'il n'y a pas de motifs sérieux pour limiter l'application de la clause à ordre aux titres commerciaux ; nous croyons que

la faculté de céder un titre par endossement ne doit être rattachée ni à la nature civile ou commerciale du titre ni à la faveur que méritent certaines créances. En effet, l'introduction de l'ordre au XVII^e siècle fut moins une innovation qu'une manière ingénieuse d'appliquer le droit commun. Le jour où l'on admit que l'acceptation du débiteur pourrait remplacer la signification qui devait lui être faite, on devait être conduit à se demander si cette acceptation ne pourrait pas valablement intervenir par anticipation, et à décider l'affirmative puisque rien ne fixait un temps pour l'accomplissement de cette formalité. Or la clause à ordre n'est rien autre chose que l'acceptation anticipée par le débiteur des cessions que le bénéficiaire pourra opérer. L'endossement d'un titre à ordre en opère la cession à l'égard des tiers parce que la clause à ordre elle-même est une acceptation anticipée des cessions ultérieures; en acceptant la clause à ordre, a dit la Chambre civile dans un arrêt du 18 mars 1850 (D. 1850, I, 166), « on accepte d'avance pour créancier, non-seulement le bénéficiaire ou preneur du « billet, mais encore tous ceux qui en deviendront « propriétaires par des endossements successifs ».

Ceci nous montre que les effets attribués à la clause à ordre tiennent uniquement à sa nature même. Qu'importe dès lors qu'il s'agisse de créances civiles ou commerciales? Les articles 136 et suivants du C. de co. quand ils règlent les effets de la clause à ordre dans les effets de commerce ne font qu'appliquer le grand principe de l'article 1134 du Code civil, aux termes duquel « les conventions légalement formées « tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ». En d'autres termes les articles 1690 et 1691 du C. civ.

protègent le débiteur qui en contractant une obligation n'a pas accordé au créancier une faculté spéciale de transmission; ils ne s'opposent pas à ce qu'une faculté spéciale lui soit accordée.

Au surplus les textes suffiraient à démontrer que la possibilité de céder une créance par endossement tient uniquement à la forme du titre et non au caractère civil ou commercial de la créance. En effet les billets à ordre sont purement civils quand ils ne portent que des signatures d'individus non commerçants et n'ont pas pour occasion des opérations de commerce (636, Code com.); de même quand ils n'énoncent pas la valeur fournie (188, Code com.); ils n'en sont pas moins, aux termes de l'article 187 du Code de commerce, cessibles par endossement par cela seul que la clause à ordre se trouve dans le titre. A l'inverse, quand même il s'agirait d'une créance commerciale, la cession, fût-elle faite entre commerçants, ne serait possible que conformément à l'article 1690 si le titre ne contenait pas la clause à ordre. — N'est-ce pas là, dit M. Beudant, une double preuve fournie par la loi elle-même que c'est la forme du titre et non la nature de la créance qui exclut ou rend possible la cession par endossement ?

M. Montluc s'est prononcé contre notre opinion; l'article 1690, dit-il, a été établi surtout dans l'intérêt des tiers qui pourraient se mettre en rapport avec le créancier après la cession; il leur importe de savoir si la créance fait encore partie du patrimoine de l'individu avec lequel ils vont traiter. Le plus sûr moyen pour eux est d'aller s'en informer auprès du débiteur; mais pour que celui-ci leur doive des renseignements, il faut qu'il soit officiellement renseigné. Tel est le

fondement de l'article 1690 ; on ne peut pas priver les tiers de cette protection.

Nous répondrons à M. Montluc que les tiers sont en somme suffisamment protégés. La clause à ordre a suffisamment averti les tiers du danger qu'il y avait à compter sur une créance aussi facilement transmissible. La clause ne sera en définitive nuisible qu'au crédit du créancier. Et du reste, si un individu veut traiter avec le créancier, qu'il se fasse présenter la police ; il verra si elle contient ou non un endossement, il verra si le créancier s'est oui ou non dessaisi de la créance.

La Jurisprudence reconnaît la validité de la clause à ordre dans tous les titres civils. — Cass., 8 mai 1878, D. 78, I, 241. — 7 mai 1879, D. 79, I, 307. — *Sic* Bravard Dr. C^{al}, t. III, p. 141. — *Sic* Lyon Caen et Renaut, p. 1102-1103.

SECTION III.

DE L'ASSURANCE EN CAS DE DÉCÈS CONTRACTÉE PAR VOIE DE GESTION D'AFFAIRES.

Nous avons vu que l'assurance au profit d'un tiers était une véritable stipulation pour autrui valable par application de l'article 1121. Nous avons vu que le stipulant faisait ainsi au tiers une offre de libéralité, offre qui doit disparaître si la révocation du stipulant ou son décès survient avant l'acceptation du tiers.

Ce double résultat a choqué M. Labbé, et ce savant maître s'est ingénié à chercher si l'on ne pourrait pas donner au contrat d'assurance au profit d'un tiers

une interprétation telle que ce double résultat ne se produisît pas.

Cette interprétation, M. Labbé l'a trouvée; il a soutenu dans une note insérée au Sirey, sous l'arrêt de Cassation du 7 février 1877 (S. 77, I. 393), que l'assurance au profit d'autrui n'est autre chose qu'un acte de gestion d'affaires. Toute personne peut s'assurer sur la tête d'un autre, S., par exemple, peut s'assurer une somme de 100,000 francs payable au décès de P. Eh bien, dit M. Labbé, si P. contracte sur sa propre tête une assurance au profit de S., il fait pour S. un acte que S. aurait pu faire; il se constitue le gérant d'affaires de S. « Il faut, a dit cet auteur, faire du « tiers appelé au bénéfice du contrat le véritable as-
« suré et faire du stipulant un simple gérant d'affaires;
« alors l'adhésion qu'exprime le tiers est une ratifi-
« cation qui rétroagit au jour du contrat.... Dans cette
« conception de l'assurance pour autrui, l'adhésion
« du tiers peut intervenir valablement après la mort
« du stipulant. C'est la règle de la ratification en ma-
« tière de gestion d'affaires. Cela est sans inconvé-
« nient, puisque le gérant d'affaires ne peut pas
« révoquer la proposition qu'il a faite au tiers de pro-
« fiter de l'assurance; il a parlé au nom d'autrui, il
« ne peut pas par un changement de volonté mettre
« obstacle à la ratification. »

M. Labbé, en émettant cette théorie originale, faisait appel à la discussion : cette discussion, il l'a rencontrée, et M. Levillain lui a répondu victorieusement, croyons-nous, dans une note insérée dans Dalloz, 1879, II, 25.

Que dans certaines hypothèses on puisse voir dans le contrat qui nous occupe un acte de gestion d'affaires, nous ne le nions pas :

Mais que telle soit toujours la nature de l'assurance au profit d'autrui c'est ce que nous ne pouvons admettre : Et ici nous cédon's la parole à M. Levillain :

« Peut-on considérer comme un acte de gestion
« d'affaires un acte unique, isolé, qu'un individu sous-
« crit en son propre nom sur le compte d'un tiers,
« sans que cet acte ait aucune relation avec un fait
« de gestion antérieure et sans que le stipulant ait
« aucun intérêt personnel à sa passation ? C'est au
« moins fort discutable ; et s'il existe des auteurs qui
« se prononcent pour l'affirmative (Demolombe, *Con-
« trats et obligations*, t. I, n^o 239 et s. — Colmet de
« Santerre, t. V, n^o 33 *bis*, III), il en est d'autres qui
« tiennent pour la négative (Pothier, *Traité des Obli-
« gations*, n^o 60. — Aubry et Rau, 4^e édit., t. IV,
« § 343 *ter*, texte et note 20). Or si cette dernière
« doctrine est vraie, il est impossible de considérer
« celui qui souscrit une assurance sur la vie en faveur
« d'un tiers désigné comme gérant d'affaires de ce
« tiers.

« Du reste, sans s'arrêter à cette première considé-
« ration, comment ne pas être frappé de tout ce qu'il
« y a d'artificiel et de compliqué dans l'interprétation
« proposée ? Comment n'en pas être frappé, surtout
« quand on songe que la convention à analyser est
« simple de sa nature et ne révèle par aucun signe
« extérieur les combinaisons multiples que l'on s'ef-
« force d'y découvrir ? Car il ne faut pas l'oublier, un
« contrat qui est l'œuvre des parties contractantes ne
« peut renfermer autre chose que ce que ces dernières
« ont entendu y mettre. Ainsi de ce que le bénéficiaire
« aurait pu s'assurer lui-même sur la tête du stipu-
« lant, on induit que le stipulant en souscrivant

« l'assurance a fait pour le bénéficiaire, en qualité de
« gérant d'affaires, ce que celui-ci était intéressé à
« faire personnellement. — Ce n'est pas tout ; il a
« renoncé à exiger de celui pour le compte duquel il
« contractait le remboursement des primes, et il lui
« a fait ainsi une donation du montant de ces primes.
« — Enfin il est sous-entendu dans la police que si,
« pour une cause ou pour une autre, le bénéficiaire
« ne peut recueillir le capital de l'assurance, l'émolu-
« ment en reviendra aux ayants droit du souscrip-
« teur. Pourquoi toutes ces suppositions ? Ont-elles
« un fondement quelconque dans les termes employés
« par les parties pour exprimer leurs intentions ? Ces
« dernières ont-elles même jamais songé à procéder
« ainsi qu'on leur en attribue la pensée ? Et n'est-il
« pas à craindre qu'en se faisant plus ingénieuse
« qu'elles ne l'ont été, l'interprétation n'en arrive à
« dénaturer le contrat sous prétexte de l'expliquer. »

M. Labbé est donc obligé de sous-entendre que le stipulant est un donateur, et qu'il stipule subsidiairement pour lui. — Dans notre théorie, nous n'avons pas besoin de sous-entendre ces deux points ; ils découlent tout naturellement de l'application de l'article 1121 au contrat qui nous occupe.

Nous croyons, pour ces raisons, que l'assurance en cas de décès au profit d'autrui doit s'expliquer non point par une idée de gestion d'affaires, mais par les principes de l'article 1121 du Code civil.

CHAPITRE III.

Combinaison de l'assurance en cas de décès avec les principes de la communauté.

Le problème difficile de l'attribution du bénéfice de l'assurance en cas de décès se complique encore lorsqu'il s'agit de faire à notre contrat l'application des grandes règles de nos régimes matrimoniaux.

Voici certains aspects du problème : Un individu contracte une assurance à son profit et se marie. Il contracte une assurance au profit d'une femme et l'épouse ensuite, ou bien c'est un époux qui fait une assurance pour son conjoint, ou enfin ce sont deux époux qui contractent conjointement une assurance au profit du survivant d'entre eux. Quel sera le bénéficiaire dans ces diverses hypothèses ?

Dans les régimes qui n'admettent pas l'existence d'une communauté (régime exclusif de communauté, régime de séparation de biens, régime dotal), aucune question ne se pose ; le bénéficiaire ne change pas, le capital sera payé à la personne désignée dans la police.

Mais sous les régimes de la communauté légale et de la communauté conventionnelle la difficulté surgit. Ces régimes impliquent l'existence de trois patrimoines distincts : les patrimoines propres des deux époux et un patrimoine commun qu'on appelle la communauté et qui se compose de certains biens des époux.

La question qui se pose est double :

1° Dans bien des cas ne faudra-t-il pas décider que

le droit au capital devra faire partie de ce patrimoine commun ?

2° Si on déclare que dans telle hypothèse le droit au capital doit rester propre, la communauté qui aura payé les primes aura-t-elle droit à une récompense et quel en sera le quantum ?

Tels sont les deux ordres de difficultés qui se présentent. Nous allons les examiner successivement en leur consacrant deux sections distinctes.

SECTION I.

DU DROIT AU CAPITAL ASSURÉ.

Nous avons ici à rechercher quelle est l'influence du régime de communauté sur l'attribution du capital assuré, et à déterminer dans quels cas la communauté va se substituer au bénéficiaire désigné dans le contrat.

Nous allons, pour essayer d'être clair, introduire dans ce sujet une quantité de subdivisions. Nous supposerons d'abord l'assurance antérieure au mariage, nous la supposerons ensuite faite au cours du mariage et nous étudierons les diverses espèces qui peuvent se présenter dans ces deux hypothèses.

1° *Assurance antérieure au mariage.*

a. Une personne contracte une assurance en cas de décès à son profit, puis elle se marie sous le régime de la communauté légale.

La créance du capital est une créance mobilière qui tombe en communauté (1401, 1°) — La communauté

servira les primes après le mariage et elle les servira sans récompense.

Supposons une communauté d'acquêts. Sous ce régime les biens appartenant aux époux antérieurement au mariage ainsi que les dettes dont ils sont grevés à cette époque leur restent propres. Nous en concluons que l'époux bénéficiaire conservera en propre la créance du capital et qu'il restera débiteur personnel des primes. Si la prime est unique cette solution est incontestée, mais si l'assurance a été contractée moyennant le paiement de primes annuelles, certains auteurs ont soutenu que par application de l'art. 1409, 3°, les primes faisaient partie du passif de la communauté. Nous rejetons cette opinion ; les primes ne sont pas en effet les intérêts d'une dette, ce sont autant de petits capitaux dont on effectue le dépôt entre les mains de l'assureur ; dès lors l'art. 1409, 3°, leur est inapplicable. L'opinion que nous combattons a du reste un inconvénient considérable : elle va permettre à l'époux bénéficiaire de s'enrichir au détriment de son conjoint. Nous croyons donc que la dette des primes reste propre et que si la communauté les a payées elle aura droit à récompense.

β. *Primus* contracte une assurance en cas de décès au profit de *Secunda*. *Secunda* accepte, puis elle se marie avec *Primus* sous le régime de communauté.

L'assurance a fait naître au profit de la bénéficiaire un droit au capital assuré ; ce droit lors du mariage tombera-t-il de son chef en communauté ?

S'il s'agit d'une communauté d'acquêts la négative est certaine ; le droit restera propre.

S'il s'agit d'une communauté légale le point est discuté malgré la généralité des termes de l'art. 1401, 1°,

qui fait tomber en communauté tous les biens mobiliers des époux.

La question s'est récemment présentée en pratique :

M. R. avait contracté avec une Compagnie d'assurance une assurance d'une somme de 10,000 francs payable à son décès à M^{me} G. Plus tard l'assuré et la bénéficiaire se sont mariés sans contrat, c'est-à-dire sous le régime de communauté légale, puis M. R. est mort en faillite. Le capital assuré est-il resté propre ou est-il devenu commun ? S'il est resté propre, il doit être versé en entier à la veuve ; s'il est devenu commun il doit être versé dans l'actif de la faillite. De là un procès sur lequel tous les degrés de juridiction ont été appelés à statuer.

Nous supposons bien entendu que M^{me} G. avait accepté avant son mariage la libéralité résultant du contrat d'assurance. Si l'acceptation n'était intervenue qu'après le mariage, nous serions en face d'une hypothèse toute différente, nous serions en face d'une assurance contemporaine du mariage ; mais nous devons ajouter que d'après la Jurisprudence et la majorité des auteurs le moment de l'acceptation importe peu puisque l'acceptation rétroagit. Cette acceptation d'après la Jurisprudence peut même intervenir après le décès du stipulant, mais nous avons dit précédemment que d'après nous il ne saurait en être ainsi et qu'il n'y avait alors que deux solutions possibles : ou bien déclarer que l'acceptation est nulle comme étant tardive ; ou bien déclarer qu'elle est valable, mais sans rétroactivité, de telle sorte que nous avons devant nous non pas une assurance au profit d'autrui, mais un legs du droit au capital assuré (voir p. 56). M^{me} G. est non pas bénéficiaire du contrat, mais légataire de

la somme assurée. En résumé donc, d'après la Jurisprudence, la solution à donner sur la question que nous avons posée doit être toujours la même, quelle que soit l'époque où la bénéficiaire aura accepté.

Mais quelle est cette solution? Que devient dans l'espèce le droit au capital? L'application des principes nous semble facile; en acceptant la libéralité qui lui était offerte, M^{me} G. a fixé sur sa tête le droit au capital, mais ce droit est un droit mobilier qui, à son mariage, doit figurer dans la masse commune au même titre que tous les autres meubles. Cette solution nous semble certaine. Telle n'est cependant pas l'opinion de la jurisprudence. La Cour de Paris, par arrêt du 4 juin 1878 (D. 1879, II, 25), et la Cour de cassation par arrêt du 10 novembre 1879 (S. 1880, I, 337) se sont prononcées en ce sens que le capital appartient en propre à la femme. Cette Jurisprudence invoque deux arguments. Le premier est tiré de cette idée que le capital n'étant payable qu'au décès de l'assuré, c'est-à-dire à un moment où la communauté sera dissoute, n'a pas pu tomber en communauté. Sans doute, répondons-nous, les effets utiles de l'assurance sont reportés à une époque où la communauté aura cessé d'exister, mais le droit au capital n'en existe pas moins, c'est un droit mobilier à terme qui est commun comme les droits mobiliers purs et simples. Nous donnerions la même solution même si la libéralité était subordonnée à la survie de la bénéficiaire, alors en effet nous serions en face d'une créance conditionnelle, et il ne faut pas perdre de vue le principe de la rétroactivité de la condition aux termes duquel, lorsque la condition s'accomplit, la créance conditionnelle est réputée avoir été *ab initio* pure et simple.

Nous arrivons au second argument développé par la Jurisprudence. Dans l'intention du stipulant, a dit la Cour de Paris, la bénéficiaire devait recueillir personnellement, à l'exclusion de tous autres, les avantages résultant du contrat, et son mariage n'a pas pu modifier ses droits. Nous ne saurions être arrêté par cet argument tiré de l'intention du stipulant. Nous comprenons qu'on argumente de cette intention quand le mari contracte une assurance au profit de sa femme pendant le mariage, car alors son intention est évidente, il a voulu procurer à sa femme tout le bénéfice à retirer du contrat. Mais comment venir prétendre que telle a été dans notre hypothèse l'intention du stipulant, alors que rien ne montre qu'il ait seulement songé à son mariage ultérieur avec la bénéficiaire? Et au reste l'intention du stipulant fût-elle celle qu'on lui prête, cela ne suffirait pas, il faut en effet une clause expresse pour empêcher que les donations mobilières faites à un individu tombent en communauté si cet individu se marie sous le régime de la communauté légale. Sans doute des termes sacramentels ne sont pas nécessaires, il n'y a pas de mots consacrés dont le donateur doive se servir, mais encore faut-il que cette volonté ait été l'objet d'une mention expresse. (Arg. 1401. 1^o Verbo : exprimé.) Cette exigence de la loi se comprend, il s'agit d'apporter une exception à la règle d'après laquelle sont communs tous les biens mobiliers des époux, et la loi, pour diminuer les difficultés de fait, a voulu une volonté formellement exprimée (Laurent, *Principes de droit civil*, t. XXI, n^o 276). Cela étant l'intention que l'on prête au stipulant de quoi résulte-t-elle? Elle résulte de l'ensemble des clauses du contrat, elle

résulte, comme l'a dit la Cour de cassation, des termes de la police. Mais une volonté qui ressort de l'ensemble des termes d'un acte n'est pas une volonté expresse; c'en est tout l'opposé, c'est une volonté tacite, conjecturée; et le législateur ne s'en contente pas.

Nous croyons donc que le capital assuré est commun. Par suite : la femme n'y a aucun droit si elle renonce à la communauté; elle a droit à moitié si elle l'accepte; enfin il fait partie du gage des créanciers.

Notre solution est simple; elle coupe court à toute complication. Au contraire, dans le système de la Jurisprudence une nouvelle question se pose : Si le droit au capital doit rester propre à la bénéficiaire, celle-ci doit-elle récompense à la communauté à raison des primes payées pendant le mariage et quel en est le quantum?

γ. — *Primus* contracte une assurance au profit d'un tiers *Secundus*, puis il se marie.

Aucune difficulté ne se présente; la communauté paiera les primes, elle les paiera sans récompense.

δ. — *Primus*, veuf de sa première femme, contracte une assurance au profit de son fils *Secundus*, puis il se remarie.

Nous croyons que l'article 1469 doit être ici appliqué par analogie, et que la communauté qui aura payé les primes aura droit de ce chef à une récompense; nous rechercherons plus tard quel doit en être le chiffre.

§ 2. Assurance contractée pendant le mariage.

L'assurance peut émaner soit du mari, soit de la femme, soit des deux époux conjointement.

Nous allons nous placer successivement à ces divers points de vue :

1° C'est le mari qui fait un contrat d'assurance en cas de décès : Il est marié, nous le supposons, sous le régime de la communauté légale. Quel est le sort du capital assuré ? Le sort de ce capital varie suivant la personne désignée dans la police comme bénéficiaire.

α. — Si le mari a contracté l'assurance à son profit ou sans désignation d'un bénéficiaire déterminé, c'est-à-dire s'il a stipulé que le capital serait payable à son ordre, à ses héritiers ou à ses ayants droit, la somme assurée est une valeur commune et à l'échéance de la police elle se partage entre la femme et le mari ou plutôt entre la femme et les héritiers du mari. Aucune récompense n'est due à la communauté du chef des primes qu'elle a payées.

Si nous supposons une communauté d'acquêts, la solution est la même, le droit au capital est un acquêt, il rentre dans la définition de l'article 1498, c'est un bien provenant des économies faites sur les fruits et revenus des biens des deux époux, il fait partie de l'actif de la communauté d'acquêts.

β. — Si le bénéficiaire est un tiers déterminé, nous sommes en présence d'une donation en effets de communauté ; la communauté n'a aucun droit au capital ; elle ne peut réclamer aucune récompense du chef des primes qu'elle paie puisqu'aux termes de l'article 1422 le mari peut disposer à titre gratuit et particulier des effets mobiliers de la communauté au profit de toutes personnes, pourvu qu'il ne s'en réserve pas l'usufruit.

γ. — Si nous supposons que le mari commun a contracté une assurance au profit de ses enfants, nous

appliquerons l'une des deux solutions qui précèdent suivant que nous reconnâtrons que les bénéficiaires auront droit au capital assuré *jure hereditario* ou *jure proprio*.

δ. — Lorsque le bénéficiaire est un enfant du premier lit, la communauté qui paie les primes aura droit à récompense par application de l'article 1469.

ε. — Nous arrivons maintenant à l'hypothèse la plus délicate, celle où le mari a contracté une assurance au profit de sa femme commune.

Que devient en pareil cas la créance de la somme assurée ?

Sous les régimes qui n'admettent pas l'existence d'une communauté entre les époux, la réponse est aisée ; la femme est la bénéficiaire exclusive du capital promis. Mais l'assurance ainsi conclue constitue une libéralité, or les libéralités entre époux étant toujours révocables (art. 1096 C. C.) nous en concluons que la donation contenue dans l'assurance sera révocable *ad nutum* (Cour de Rennes, 23 juin 1879. Dalloz, 1879, II, 155). Cette possibilité de révocation importe peu, a dit un auteur, puisque dans toute assurance le paiement des primes est facultatif ; mais nous avons précédemment montré que lorsqu'une assurance est contractée au profit d'autrui, cette règle cesse d'être vraie dans les rapports du stipulant et du bénéficiaire et que le bénéficiaire qui a accepté peut contraindre le stipulant au paiement des primes.

Revenons maintenant à l'hypothèse que nous avons prévue, et pour mieux la préciser, plaçons-nous en présence d'époux mariés sous le régime de la communauté légale. Quelle est alors la situation de la femme bénéficiaire du contrat ?

La femme a-t-elle sur la somme assurée un droit propre, exclusif, lui permettant, soit qu'elle accepte la communauté soit qu'elle y renonce, d'en réclamer tout l'émolument en qualité de donataire de son mari ?

Ou bien, au contraire, la créance du capital vaudrait-elle constituer un acquêt auquel la femme ne pourra prétendre qu'en qualité de commune ?

En d'autres termes, un mari peut-il constituer ainsi des propres à sa femme, ou bien rencontrons-nous dans les articles qui réglementent la communauté des principes qui s'y opposent ?

Montrons tout d'abord le siège de la difficulté : — La difficulté provient de la combinaison de la théorie que nous avons présentée de l'article 1121 avec les principes de la communauté.

D'une part, en effet, nous avons dit que l'assurance au profit d'autrui était valable par application de l'article 1121, qui valide la stipulation pour autrui quand elle est la condition d'une stipulation (lisez : prestation) qu'on fait pour soi-même. Nous avons ajouté que, dans notre opinion, toujours par application de cet article, le droit au capital naissait directement au profit du tiers, qu'il n'avait jamais figuré dans le patrimoine du stipulant et nous avons ainsi repoussé la théorie de la Jurisprudence qui voit dans l'assurance pour autrui une assurance pour soi-même, suivie de la cession du capital assuré. — En résumé donc, d'après nous, le bénéficiaire d'une assurance acquiert directement et à titre gratuit la créance du capital.

Mais d'autre part, c'est un principe de la communauté légale que toute acquisition à titre gratuit faite

pendant le mariage profite à la communauté. Reconnaître que la femme a eu *ab initio* un droit exclusif sur la somme assurée n'est-ce pas méconnaître ce principe, et porter atteinte aux règles de la composition de la communauté, en dépit de l'article 1395 du Code civil qui prohibe tout changement aux conventions matrimoniales ?

Dans la théorie de la jurisprudence tout est simple ; stipuler pour autrui c'est stipuler pour soi et céder immédiatement à autrui le montant de ce que l'on a stipulé. Le mari en contractant pour sa femme a d'abord réalisé un acquêt ; il cède ensuite cet acquêt à sa femme : il en a le droit.

Mais, d'après nous, stipuler pour autrui c'est faire naître sur la tête d'autrui la créance de ce qui a été stipulé. Ce résultat peut-il se produire au profit de la femme commune bénéficiaire d'un contrat d'assurance sans violer l'article 1395 ?

Au premier abord, la négative semble certaine ; de sorte que l'on se trouve placé dans l'alternative suivante : ou bien déclarer que le capital de l'assurance est un acquêt, ou bien dire qu'on n'est pas en face d'une stipulation pour autrui, que le mari commun qui contracte une assurance au profit de sa femme ne fait une stipulation pour autrui qu'en apparence seulement, mais qu'au fond des choses il contracte pour lui-même et cède immédiatement à sa femme l'émolument qu'il retire du contrat : nous serions ainsi en face d'une cession d'assurance, opération que nous avons étudiée dans la section deuxième du second chapitre de cette étude.

La première interprétation viole la volonté du mari qui a voulu avantager sa femme et non la communauté.

La seconde respecte cette intention puisque la femme aura la totalité du capital, soit qu'elle accepte la communauté, soit qu'elle y renonce. Mais cette seconde interprétation ne sera pas toujours possible ; elle suppose en effet que la police a été rédigée par devant notaire, si non la donation qu'elle contient est nulle (Arg. art. 931, Code civil). Nous savons bien qu'il est de principe que les libéralités qui se rattachent à des contrats à titre onéreux sont dispensées des formes des donations ; mais l'exception doit être limitée aux libéralités faites sous la forme d'une stipulation pour autrui (Arg. art. 1121, 1973, Code civil). Or ici par hypothèse nous ne sommes pas en présence d'une stipulation pour autrui.

Pour nous, nous croyons que l'assurance qu'un mari contracte au profit de sa femme commune est une véritable stipulation pour autrui faisant naître directement sur la tête de la femme la créance de la somme assurée.

Mais, nous dit-on, vous modifiez les conventions matrimoniales puisque vous déclarez propre le capital qui doit être un acquêt.

Mais c'est la question, et la difficulté consiste précisément à se fixer sur la portée du principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales. Nous ne croyons pas que l'article 1395 ait une portée aussi générale que celle qu'on lui prête ; cet article veut simplement dire que les traits caractéristiques du régime adopté ne pourront pas être changés après le mariage, il ne vise point les modifications de détail qui pourraient y être apportées. Nos adversaires eux-mêmes reconnaissent que la règle de l'art. 1395 n'est pas absolue puisqu'ils permettent au mari de faire à

sa femme des donations avec les biens de la communauté. Si nos adversaires étaient logiques ils devraient dire : « Nous prohibons même les donations de biens communs, ces donations contiennent en effet un changement aux conventions matrimoniales puisqu'elles modifient la composition de la communauté en attribuant à un acquêt le caractère de propre. » Mais ils n'osent pas aller jusque là. Eh bien, s'il n'y a pas dans cette hypothèse de dérogation aux conventions matrimoniales, pourquoi y en aurait-il une dans le système que nous soutenons ? Pourquoi donner une solution différente suivant que le capital de l'assurance aura ou non commencé par se fondre dans les acquêts ?

Au surplus quand on veut préciser la portée d'une règle, on doit en rechercher les motifs ; or nous allons montrer que les motifs de l'art. 1395 ne s'opposent nullement à la validité de l'opération qui nous occupe.

Le premier motif est l'intérêt même des époux : Dans notre droit toutes les donations entre époux sont révocables *ad nutum*, or il était à craindre que certains changements eussent pour but de déguiser une libéralité et de la rendre irrévocable. — Ce motif ne saurait nous arrêter ; la donation contenue dans une assurance sera toujours manifeste et révocable.

Le second motif est l'intérêt des enfants ; il y a en effet des changements aux conventions matrimoniales qui peuvent compromettre l'avenir de la famille. — Tel n'est pas le cas ici ; l'avenir de la famille va au contraire être amélioré, et peu importe aux enfants lorsqu'ils recueilleront le capital assuré, de le trouver dans le patrimoine de la communauté ou dans celui de leur mère.

Le troisième motif est l'intérêt des tiers qui vont traiter avec le mari; ces tiers seraient exposés à des dangers si le contrat de mariage pouvait être modifié après le mariage. — Il ne faut pas exagérer la portée de ce motif; ce motif s'oppose aux changements qui auront pour effet de modifier les pouvoirs du mari, mais s'oppose-t-il à ce que dans un cas particulier on déroge aux règles de la composition active de la communauté? Nous ne le pensons pas; pourquoi les tiers auraient-ils le droit d'exiger que le capital de l'assurance tombe dans la communauté, puisqu'ils n'ont pas le droit d'exiger qu'il y reste après y être entré. Les tiers qui traitent avec le mari sans stipuler de garantie spéciale suivent la foi de leur débiteur; ils n'ont pas le droit de critiquer ses actes sauf le cas de fraude (1167).

Nous croyons donc que lorsqu'un époux marié sous le régime de la communauté légale contracte une assurance au profit de sa femme, il constitue ainsi *ab initio* un propre à sa femme en dépit de l'article 1395.

Si le régime matrimonial est la communauté d'acquêts, la même solution doit être admise et ici elle s'impose avec évidence, car sous la communauté d'acquêts, les acquisitions à titre gratuit faites pendant le mariage constituent des propres.

Dans les espèces que nous avons formulées jusqu'ici nous avons toujours présenté le mari comme contractant l'assurance sur sa propre tête. Il peut aussi la contracter sur la tête d'un tiers et stipuler par exemple d'une Compagnie le paiement d'une somme de tant au décès de sa femme. La somme dont il devient ainsi le créancier constitue un acquêt elle tombe en communauté. (Arg., article 1395); le mari ne peut

pas en effet faire des emprunts à la caisse de la communauté à l'effet de se constituer des propres. Bien entendu rien ne s'oppose à ce que la femme fasse donation à son mari de la part à laquelle elle a droit dans cet acquêt; mais on devra observer les formes des donations.

II° Supposons que c'est la femme qui joue dans le contrat d'assurance le rôle de stipulant.

Les règles qui régissent la capacité des femmes mariées sont écrites dans les articles 217 et s. du Code civil. L'incapacité de la femme est aussi large, aussi générale que possible, elle s'applique même à l'assurance pour des raisons de haute convenance qui ne peuvent permettre à une femme de faire un acte de quelque importance, fût-il du reste excellent, sans demander l'apporobation de son mari. — En cas de refus illégitime la femme peut s'adresser à la justice, si le régime matrimonial qu'elle a adopté lui laisse la disposition de ses revenus personnels.

La femme mariée régulièrement habilitée peut figurer dans un contrat d'assurance. Elle peut contracter une assurance en cas de décès sur sa propre tête : α sans désignation d'un bénéficiaire déterminé; β au profit d'un tiers déterminé; γ au profit d'un enfant commun; δ au profit d'un enfant du premier lit; ϵ au profit de son mari. Elle peut aussi contracter une assurance à son profit sur la tête d'un tiers. — Nous n'insisterons pas sur ces diverses hypothèses; les difficultés qu'elles soulèvent sont les mêmes que celles que nous avons rencontrées en supposant l'assurance contractée par le mari; elles doivent être résolues à l'aide des mêmes principes,

III° Nous arrivons enfin au cas où deux époux com-

muns en biens s'assurent conjointement au profit du survivant d'entre eux.

Primus et *Prima* par exemple s'obligent à payer une prime annuelle de 10 à une Compagnie qui de son côté s'oblige à verser une somme de 100 à celui des deux époux qui survivra.

Pour nous l'opération est simple, elle constitue une double stipulation pour autrui faisant naître directement la créance du capital sur la tête du survivant. Mais la Jurisprudence admet sur l'article 1121 une théorie différente de la nôtre et avec cette théorie apparaissent des difficultés que nous devons examiner.

La Jurisprudence voit deux choses dans l'opération que nous avons prévue, elle y voit d'abord deux assurances : l'une contractée par P^s sur sa propre tête au profit de P^a , l'autre contractée par P^a sur sa propre tête au profit de P^s . Toutes deux sont conditionnelles ; la condition qui affecte la première est le prédécès de P^s , celle qui affecte la seconde est le prédécès de P^a . Cela étant, par la force des choses la condition ne peut se réaliser que pour l'une des deux assurances de telle sorte que l'une d'elles pourra seule produire son effet.

Si P^s par exemple prédécède ce sera l'assurance contractée par P^s au profit de P^a qui prendra naissance. Mais le capital assuré que va-t-il devenir ? Va-t-il se partager entre les héritiers du mari et de la femme ? Nullement ! P^s en stipulant au profit de P^a lui a immédiatement donné le capital assuré ! De même si P^a était prédécédée P^s pour le même motif aurait touché seul l'intégrité de la somme assurée.

Il y a donc à côté de la double assurance une convention accessoire contenant une double cession. Quelle est la nature juridique de cette convention ac-

cessoire? Contient-elle deux libéralités réciproques entre les époux? N'est-elle pas plutôt un contrat à titre onéreux en vertu duquel chacun des époux accorde à son conjoint survivant le droit de toucher le capital entier de l'assurance moyennant le droit pour lui-même de le recueillir en entier en cas de survie? Enfin cette convention est-elle valable soit qu'on y voie deux donations réciproques, soit qu'on y voie un échange de droits éventuels?

La question s'est posée en pratique il y a quelques années. Les époux T., mariés sous le régime de la communauté d'acquêts, avaient contracté le 12 mai 1871 avec la Compagnie *Le Monde* une assurance aux termes de laquelle, moyennant une prime de 990 francs payable jusqu'à la mort du prémourant, la Compagnie s'engageait à payer au survivant la somme de 20,000 francs. Le mari fut déclaré en faillite le 26 février 1875 et mourut le 7 mars suivant. La veuve renonça à la communauté et prétendit recueillir le capital assuré; le syndic de la faillite soutint au contraire les droits des créanciers en s'appuyant sur la nullité de la clause accessoire qui attribuait au survivant le montant de la somme assurée. L'affaire fut portée devant le Tribunal de Cambrai qui, par jugement du 26 août 1875 (Sirey 1877, II, 35), donna gain de cause au syndic. « Attendu, a dit le Tribunal, « que la prohibition de l'article 1395 n'empêche pas « que les époux se fassent l'un au profit de l'autre des « dispositions à titre gratuit, mais que l'acte de 1871 « (c'est-à-dire l'assurance) ne peut encore être invo- « qué par la femme survivante puisqu'aux termes de « l'article 1097 les époux ne peuvent pendant le ma- « riage se faire aucune donation mutuelle par un seul

« et même acte. » En résumé le Tribunal a été frappé de ce fait qu'il n'y avait qu'une seule police et deux libéralités, et que par conséquent l'article 1097 était applicable. La femme T. interjeta appel et la Cour de Douai, le 31 janvier 1876 (Sirey 1877, II, 33), confirma la sentence des premiers juges par des motifs qu'il est intéressant de rapporter. Il n'y a pas, a dit la Cour, « une donation mutuelle et réciproque entre
« les époux prohibée par l'article 1097, le contrat étant
« à titre onéreux, puisque chacun des époux consent à
« perdre sa part en cas de prédécès pour gagner en
« cas de survie le montant intégral de l'assurance ». Telle est la première considération invoquée par la Cour de Douai; les époux T. ne se sont point fait de libéralités, ils ont fait un échange. Du reste, a ajouté la Cour, en admettant même que la femme T. soit donataire de son mari, l'article 1097 doit être mis hors de cause, car « cette libéralité ne se rattache point à une
« libéralité réciproque, le mari ne recevant rien dans
« le cas donné ». La Cour suprême appelée elle aussi à statuer sur la question a confirmé le 28 mars 1877 (Sirey 1877, I, 393) l'arrêt de la Cour de Douai en s'efforçant de justifier le second moyen que cette Cour avait invoqué.

La Cour de Douai nous semble s'être trompée lorsqu'elle a vu un contrat à titre onéreux dans la convention que nous analysons. Nous pensons qu'entre les époux il y a deux libéralités réciproques; chaque époux a eu à l'égard de l'autre une intention libérale: le préférant à ses propres héritiers, il a voulu lui faire un don pour le cas où il lui survivrait. Remarquons au surplus que si nous avions affaire à un contrat à titre onéreux il tomberait sous le coup de l'article 1595

qui interdit pendant le mariage toute vente, tout échange entre époux. Mais alors comment réfuter l'objection tirée de l'article 1097 ? La Cour de Douai a essayé d'y répondre en disant qu'il n'y avait pas deux donations mutuelles et réciproques, qu'il n'y en avait qu'une puisque le mari dans l'hypothèse ne recevait rien. Cette argumentation subtile repose sur une erreur. La Cour de Douai a eu le tort de n'envisager que les résultats de l'opération ; or pour voir si l'opération contient deux libéralités c'est au moment où elle intervient qu'il faut se placer, et si l'on s'y reporte on se trouve en face de deux libéralités puisque le mari aurait pu tout comme la femme recueillir la totalité de la somme assurée. Si le mari ne recueille rien c'est que la libéralité qui lui était faite était subordonnée à sa survie. L'erreur de la Cour de Douai provient, comme l'a dit M. Lyon Caen, de ce que nous sommes ici en face de deux libéralités conditionnelles, « et la condition de laquelle dépend l'une étant « contraire à celle à laquelle est subordonnée l'autre, « il est impossible que ces deux libéralités produisent « leurs effets simultanément ». L'argument tiré de l'article 1097 est-il donc sans réplique ? M. Lyon Caen y a répondu dans une note insérée dans Sirey sous l'arrêt de la Cour de Douai. Cet article, a-t-il dit, a trait à une règle de forme ; or il est de principe que les libéralités ne sont astreintes à aucune règle de forme lorsqu'elles sont contenues dans un contrat à titre onéreux. On a bien essayé de répondre que l'article 1097 ne consacrait pas une simple règle de forme, qu'il avait pour but de conserver intact le droit de révocation établi par l'article 1096 et que ce droit devait être sauvegardé, que la donation fût accessoire à un

contrat ou qu'elle fût principale. Mais l'objection n'était pas sérieuse ; sans doute l'article 1097 a pour but de sauvegarder une règle de fond, mais presque toutes les règles de forme sont dans ce cas ; c'est ainsi que la forme notariée a pour but d'éclairer le donateur sur la gravité de l'acte qu'il fait et d'assurer l'irrévocabilité des donations ; qui oserait prétendre cependant que les donations contenues dans un contrat à titre onéreux doivent être notariées ?

Pour nous, étant donné notre théorie sur l'article 1121 du Code civil, toutes ces difficultés s'aplanissent. L'assurance contractée au profit du survivant contient deux stipulations pour autrui toutes deux conditionnelles. La condition ne se réalisera qu'au profit de l'un des deux époux et fera naître directement sur sa tête la créance du capital. Quant à l'article 1097 nous l'écartons ; nous sommes en effet en présence de deux stipulations pour autrui, or les stipulations pour autrui sont dispensées des règles de forme des libéralités.

SECTION II.

DES RÉCOMPENSES QUI PEUVENT ÊTRE DUES A LA COMMUNAUTÉ.

Lorsque l'assurance en cas de décès vient grossir le patrimoine commun, de telle sorte que le capital stipulé se partage à la dissolution de la communauté entre les deux époux, aucune question ne s'élève relativement aux récompenses. La communauté créancière de la somme assurée a payé une dette de communauté en payant les primes ; elle n'a droit de ce chef à aucune récompense.

Tout est simple également lorsque le bénéficiaire du contrat est un tiers autre que le conjoint commun ou un enfant du premier lit. La communauté qui paie alors les primes les paie sans récompense puisque aux termes de l'article 1422 du Code civil le mari peut faire des donations en effets mobiliers de la communauté.

Tout est simple encore si nous supposons qu'une assurance ayant été contractée antérieurement au mariage, il a été stipulé dans le contrat de mariage qu'elle ne tomberait pas en communauté : La communauté en continuant le service des primes va conserver un propre ; elle sera créancière d'une récompense pour rentrer dans ses déboursés.

Mais plaçons-nous en face d'une assurance faite au profit d'un enfant du premier lit ou du conjoint commun, alors s'élève la double difficulté de savoir si la communauté qui a fourni les primes pourra exercer de ce chef une récompense et quel en sera le quantum ?

Dans le premier cas, lorsque le bénéficiaire est un enfant du premier lit on peut, croyons-nous, affirmer que le stipulant doit une récompense à la communauté. (Argument d'analogie tiré de l'article 1469.) Le père ou la mère en traitant avec la Compagnie ont contracté une dette propre, ils doivent indemniser la communauté s'ils ont puisé dans sa caisse pour payer cette dette. Peu importe d'après nous que les primes aient été payées avec les revenus ou avec le capital de la communauté. Un auteur a bien essayé de soutenir la thèse contraire et a prétendu que la communauté n'aurait droit à aucune récompense lorsque les primes seraient prises sur les revenus, car

les revenus de toute façon auraient été dépensés. Mais cette opinion devait échouer devant l'article 1437 du Code civil. Cet article est le siège de la matière ; il organise la théorie des récompenses dues par les époux à la communauté et il ne fait aucune distinction suivant que la communauté a payé avec ses revenus ou avec son capital.

Supposons maintenant que le capital assuré est stipulé payable en totalité à l'un des conjoints communs, c'est par exemple un mari qui a contracté une assurance en cas de décès au profit de sa femme ; ce sont deux époux qui ont contracté une assurance au profit du survivant d'entre eux. A la mort du mari, la femme dans l'un ou l'autre cas a seule droit au capital assuré. Doit-elle récompense à la communauté ? Nous ne le croyons pas ; en effet, comme nous le démontrerons dans le chapitre suivant, lorsqu'une libéralité est faite au moyen d'une stipulation pour autrui le montant de la libéralité est égal non pas à la valeur qui a été stipulée, mais à la prestation faite par le stipulant. Dans une assurance au profit d'autrui ce qui est donné ce sont les primes et non le capital assuré. Décider que le bénéficiaire doit rembourser ces primes à la communauté c'est anéantir la donation faite par l'assuré ; les récompenses dues à la communauté vont être la destruction même de la libéralité de telle sorte que nous allons être en face d'une libéralité entre époux qui, au lieu d'être simplement révocable, va se trouver révoquée de plein droit. C'est là un résultat qui nous semble inadmissible.

La Cour de Douai et la Cour de cassation se sont prononcées en faveur de notre opinion (Sirey, 1877, I, 393). L'espèce que ces deux arrêts ont eu pour but

de résoudre nous est déjà connue ; il s'agissait de savoir, si lorsqu'un mari contracte une assurance au profit de sa femme commune, la femme renonçant à la communauté a le droit de toucher la somme assurée. L'assuré étant mort en faillite le syndic soutenait la négative au nom des créanciers et subsidiairement il concluait à ce que la femme, si elle avait gain de cause, payât une récompense à la communauté à raison des primes versées par elle. La Cour de cassation confirmant la décision des juges de Douai a décidé que la femme créancière du capital de l'assurance ne devait de ce chef aucune récompense :

« Attendu que la défenderesse a le droit de recueillir
« le bénéfice de l'assurance soit que les primes payées
« aient été fournies par le mari, soit qu'elles l'aient
« été en deniers de la communauté à laquelle elle a
« renoncé ;

« Attendu qu'en rejetant dans cette circonstance
« les conclusions tant principales (l'attribution du bénéfice) que subsidiaires (le remboursement des primes) du syndic de la faillite, la Cour de Douai n'a
« point violé les textes invoqués pour le pourvoi et a
« fait au contraire à la cause une juste application
« des principes généraux du droit et des règles de la
« matière. »

Lorsque la communauté est créancière d'une récompense (ce qui arrivera dans deux cas comme nous l'avons vu : 1° Dans une assurance antérieure au mariage et ne tombant pas en communauté ; 2° dans une assurance faite au profit d'un enfant du premier lit), le montant des récompenses doit être égal à la totalité des primes que la communauté a payées. C'est là un maximum ; mais que décider si le capital assuré est

inférieur au montant des primes payées ? La créance de la communauté doit-elle se limiter au chiffre de ce capital ? C'est là l'un des aspects d'une question vivement discutée sur l'art. 1437 du Code civil et qui est la suivante : Lorsqu'une récompense est due par un époux à la communauté, cet époux doit-il invariablement à la communauté le remboursement de la dépense qu'elle a faite, ou bien si l'enrichissement qu'il s'est procuré est inférieur à la dépense faite, peut-il se libérer en indemnisant la communauté à concurrence de cet enrichissement ? Nous n'avons pas à entrer dans le détail de cette controverse ; qu'il nous suffise de dire que d'après nous la récompense est égale au profit retiré par l'époux si ce profit est inférieur à la dépense qui a été faite. Cette solution nous semble résulter clairement de l'art. 1437 *in f.* qui indique tout à la fois le principe et la mesure de la récompense par ces mots : « Toutes les fois que l'un
« des époux a tiré un *profit* personnel des biens de
« la communauté, il *en* doit la recompense. »

CHAPITRE IV.

Application à l'assurance en cas de décès des règles des donations entre vifs.

Nous avons eu précédemment l'occasion de dire que l'assurance en cas de décès contractée au profit d'un tiers déterminé, par application de l'article 1121 du Code civil, constituait une véritable libéralité, et nous avons ajouté que cette libéralité, dispensée exceptionnellement de toute forme (Argument. art. 1121), était soumise aux règles de fond des donations. Ce sont ces règles de fond que nous allons maintenant étudier en faisant au contrat qui nous occupe l'application des règles de l'action paulienne, du rapport, de la réduction et de la révocation des donations pour ingratitude.

Quelques points sont certains, nous allons les préciser avant d'aborder les vraies difficultés de la matière.

Supposons qu'un individu, P. a fait un contrat d'assurance au profit d'un de ses enfants, S. ; ce contrat contient une libéralité. De là les conséquences suivantes :

1° Les créanciers de P. pourront attaquer cette libéralité s'ils se trouvent dans les conditions requises pour l'exercice de l'action paulienne ;

2° P. pourra intenter contre S., donataire ingrat, une action en révocation de la donation ;

3° Si P. meurt laissant plusieurs enfants, S. devra,

en cas d'acceptation de la succession de son père, rapporter la libéralité qu'il a reçue ;

4° Si les cohéritiers de S. prétendent qu'ils n'ont pas leur réserve, cette libéralité doit être comprise dans la formation de la masse sur laquelle, aux termes de l'article 922, doit se calculer la quotité disponible.

Ces solutions ne font plus aujourd'hui aucun doute. Les deux dernières cependant ont été autrefois contestées et l'on a soutenu que la donation résultant d'un contrat d'assurance en cas de décès n'était pas rapportable, et qu'elle ne devait pas figurer parmi les biens donnés pour le calcul de la quotité disponible. La loi, a-t-on dit (1), n'impose pas au donataire l'obligation de rapporter toutes les donations qu'il a pu recevoir, il faut que les donations aient diminué réellement le patrimoine du donateur ; on ne doit pas le rapport des choses que le *de cujus* aurait dépensées s'il ne les avait pas données ; c'est cette idée qui a dicté l'article 852. Les primes du contrat d'assurance sont présumées prises sur les revenus, le stipulant eût dépensé ses revenus s'il n'eût pas fait le contrat, le bénéficiaire n'est donc pas tenu de ce chef à l'obligation du rapport.

Nous ne saurions admettre cette opinion qui, du reste, n'a pas trouvé d'écho. Le principe en matière de rapport est en effet posé dans l'article 843 du Code civil. Aux termes de cet article tout héritier venant à une succession doit rapporter à ses cohéritiers *tout ce qu'il a reçu* du défunt par donation entre vifs directement ou indirectement. Tel est le principe ; tout article y introduisant des excep-

(1) M. de Caqueray. *Rev. prat.*, t. 16, année 1863.

tions doit être limitativement interprété. C'est à tort, selon nous, que l'on a prétendu tirer de l'article 852 du Code civil, une règle générale d'après laquelle les libéralités faites sur les revenus ne seraient pas rapportables ; si la dispense de rapport des frais de nourriture, d'entretien, d'éducation résultait de ce que ces frais sont pris sur les revenus, il faudrait en conclure que la dispense cesse de s'appliquer lorsqu'ils sont pris sur le capital, or telle n'est pas la disposition de l'article 852 qui statue d'une façon générale et repose par conséquent sur d'autres motifs. En admettant même qu'il fût de principe qu'en vertu de l'article 852 les donations prises sur les revenus ne sont pas rapportables, il faudrait, croyons-nous, soumettre au rapport le bénéficiaire d'un contrat d'assurance ; en effet, les libéralités prévues par l'article 852 ne constituent pas pour le donataire des avantages pécuniaires, elles ne grossissent pas sa fortune, ici au contraire il en est différemment, le bénéficiaire est enrichi par l'assurance ; nous croyons donc qu'il doit le rapport à ses cohéritiers.

Nous venons de voir que le bénéficiaire d'un contrat d'assurance recevait du stipulant une libéralité et que cette libéralité pouvait être attaquée par l'action paulienne, qu'elle était rapportable, réductible et révocable pour ingratitude. Mais qu'obtiendront les créanciers du stipulant en exerçant l'action paulienne, n'obtiendront-ils que les primes versées par leur débiteur, obtiendront-ils au contraire l'intégralité du capital assuré ? Que devra rapporter le bénéficiaire, les primes payées ou le capital stipulé ? Est-ce le montant des primes ou le montant du capital qui devra figurer dans la masse sur laquelle on calcule la quotité disponible ?

Voilà une première série de difficultés ; en voici une seconde : Quelle est la date de la libéralité faite au bénéficiaire ? Est-ce la date du contrat d'assurance, est-ce une date postérieure ? C'est là un point souvent fort important ; supposons en effet qu'un individu a fait des donations qui entament la réserve de ses héritiers, l'art. 923 nous apprend qu'alors « la réduction « se fera en commençant par la dernière donation « et ainsi de suite en remontant des dernières aux « plus anciennes ». D'où la nécessité de connaître la date de chacune d'elles. Autre exemple : Les créanciers qui exercent l'action paulienne à l'effet de faire tomber un acte de leur débiteur doivent prouver qu'au moment où cet acte a été fait il y avait *eventus damni et consilium fraudis*, eh bien il peut se faire que cet *eventus damni* et ce *consilium fraudis* qui n'existaient pas lors de la formation du contrat d'assurance se soient manifestés par la suite, le bénéficiaire ne pourra pas être inquiété si la libéralité était fixée sur sa tête avant leur apparition.

Et d'abord quel est le montant exact de la libéralité que le bénéficiaire reçoit ?

Tout est simple dans une cession d'assurance ; ce qui est donné c'est le capital assuré ; tout est simple aussi dans l'assurance contractée par voie de gestion d'affaires ; ce qui est donné ce sont les primes payées. Mais *quid* dans l'assurance contractée pour autrui par application de l'art. 1121 ? La question n'est pas discutée en pratique, et il est aujourd'hui de Jurisprudence certaine que la donation est égale à la somme assurée. Il en résulte : 1° que c'est la somme assurée dont le bénéficiaire doit le rapport (C. de Montpellier, 15 décembre 1873, Sirey 1874, II, 81. — Cass. Réc.

21 juin 1876 Sirey 1876, I, 400. — C. de Rouen 6 février 1878 D. 1878, II, 189); 2° que c'est la somme assurée qui doit être comptée pour le calcul de la quotité disponible (Cass. Req. 2 juin 1876, D. 1878, I. 129); 3° que c'est la somme assurée que les créanciers du stipulant obtiennent s'ils exercent l'action paulienne.

Cette solution résulte logiquement de l'analyse que donne la Jurisprudence du contrat d'assurance en cas de décès au profit d'un tiers; la Jurisprudence voit dans l'assurance au profit d'autrui un double contrat : 1° la stipulation pour soi-même d'un capital; 2° la cession immédiate à autrui de ce même capital. Cela étant, le droit au capital sort du patrimoine du stipulant pour entrer dans le patrimoine du bénéficiaire; la libéralité que reçoit le bénéficiaire est égale à ce capital.

Mais nous avons critiqué cette analyse du contrat d'assurance; nous avons dit que dans notre opinion la créance du bénéfice de l'assurance était née directement sur la tête du tiers et que cette créance n'avait jamais fait partie du patrimoine de l'assuré. Ceci nous amène à nous séparer ici des idées universellement admises en pratique et à soutenir que la libéralité reçue par le bénéficiaire n'est égale qu'au montant des primes payées par le stipulant. C'est en effet sur l'appauvrissement du donateur que doit se calculer le montant d'une donation, et le donateur ne s'appauvrit ici que des primes qu'il verse. Sans doute le contrat va procurer au bénéficiaire un émolument supérieur à l'appauvrissement du donateur, mais cette considération ne saurait nous arrêter; on ne donne que dans la mesure où l'on s'appauvrit et l'on ne s'ap-

pauvrit pas en faisant acquérir à un tiers une chose qui ne nous a jamais appartenu.

Nous croyons donc que le bénéficiaire d'un contrat d'assurance ne doit être tenu qu'au rapport des primes. Nous trouvons même ici dans le Code civil un argument qui nous semble décisif. Aux termes de l'article 856, « les fruits et les intérêts des choses « sujettes à rapport ne sont dus qu'à compter du jour « de l'ouverture de la succession ». Nous prétendons que soumettre l'héritier au rapport du capital assuré c'est violer manifestement cet article. Nous avons en effet établi que l'assurance n'était autre chose qu'un contrat de capitalisation ; nous avons montré que la somme assurée était la représentation du capital que l'assuré aurait pu réaliser si sa vie avait eu sa durée normale, en plaçant à intérêts composés les primes qu'il verse. Nous soutenons que si l'on soumet l'héritier au rapport du capital assuré on viole l'article 856 ; on soumet en effet le donataire au rapport des primes et de leurs intérêts composés, ce qui est contraire au texte de cet article.

De même ce sont les primes qui devront figurer dans la formation de la masse pour le calcul de la quotité disponible ; de même aussi ce n'est qu'à concurrence des primes que les créanciers du stipulant pourront exercer l'action paulienne. Ces solutions découlent de notre théorie en matière de rapport.

Lorsque les créanciers exerceront l'action paulienne, ils agiront contre l'assureur ou contre le bénéficiaire suivant que le capital assuré aura ou non été payé ; mais comme l'acte qu'ils attaquent est une libéralité ils n'auront pas à prouver que le tiers a été *consciuis fraudis*. Si l'assureur s'est libéré entre les mains du

bénéficiaire, et si ce dernier est insolvable, les créanciers n'ont plus qu'une ressource : contraindre l'assureur à payer une seconde fois, en démontrant qu'il y a eu fraude de sa part,

Demandons-nous maintenant quelle est la date précise de la libéralité résultant d'un contrat d'assurance.

La date de la libéralité est la date de l'acceptation du bénéficiaire. Les créanciers du stipulant réussiront donc en exerçant la paulienne si l'*eventus damni* et le *cousilium fraudis* apparaissent chez le stipulant avant cette époque : — Rappelons toutefois que la Jurisprudence déclare l'acceptation du bénéficiaire rétroactive, de telle sorte que la date de la libéralité est toujours d'après elle la date même du contrat d'assurance. Nous ne reviendrons pas sur cette théorie que nous avons longuement combattue.

POSITIONS

DROIT ROMAIN

1. Les héritiers siens et nécessaires n'acquièrent pas *ipso jure* la possession des biens héréditaires.

2. Lorsqu'une tradition est faite à un gérant d'affaires pour l'individu dont l'affaire est gérée, le maître ne commence à posséder *ad interdicta* qu'à dater du jour où il ratifie.

3. Le codébiteur solidaire qui paie la totalité de la dette peut recourir contre ses codébiteurs par l'*actio negotiorum gestorum contraria*.

4. Le débiteur à terme incertain qui paie avant l'échéance du terme ne peut pas exercer la *condictio indebiti*.

DROIT FRANÇAIS

1. Dans le régime de communauté et dans le régime exclusif de communauté la femme ne peut pas stipuler l'inaliénabilité de ses immeubles propres conformément à l'article 1554 du Code civil.

2. L'article 1792 du Code civil exige seulement que la destruction se produise dans un délai de 10 ans après la réception de l'ouvrage ; ce fait marque le point de départ d'une action en responsabilité qui est selon le droit commun soumise à la prescription de 30 ans.

3. Les créanciers hypothécaires ne sont pas représentés par leur débiteur dans les instances qu'il engage ou qui sont engagées contre lui.

4. Les créanciers qui exercent les droits et actions de leur débiteur en vertu de l'article 1166 du Code civil n'ont pas besoin d'obtenir des tribunaux une subrogation judiciaire.

DROIT COMMERCIAL

1. L'endosseur d'une lettre de change qui rembourse le porteur non payé à l'échéance ne peut en vertu de la subrogation légale exercer contre ses garants l'action conservée par le porteur, alors qu'il n'a plus d'action de son chef.

2. Lorsque, les actions d'une société ayant été mises valablement au porteur, conformément à l'article 3 de la loi de 1867, la société poursuit dans les deux ans de cette conversion les souscripteurs en paiement de la seconde moitié, ceux-ci ne peuvent se faire rembourser par les acquéreurs ultérieurs, ils sont seulement subrogés aux droits de la société contre le dernier porteur.

DROIT ADMINISTRATIF

1. Le concessionnaire d'une mine n'est pas responsable envers les propriétaires voisins du tarissement des sources que leurs propriétés renferment.

2. Les contestations qui s'élèvent entre les Compagnies et les expéditeurs ou destinataires à l'occasion du transport des colis postaux sont de la compétence des tribunaux administratifs.

Vu : Lyon, le 15 janvier 1885.

Le Président de la thèse,

E. THALLER.

Vu : Lyon, le 16 janvier 1885.

Le Doyen,

E. CAILLEMER.

Permis d'imprimer :

Lyon, le 17 janvier 1885.

Pour le Recteur en tournée :

L'Inspecteur d'Académie délégué,

E.-A. GAUDIER.
